

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RAFAEL JANKOVSKI

NATUREZA E REGIME JURÍDICO DO SERVIÇO DE PRATICAGEM PORTUÁRIA

CURITIBA
2015

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

NATUREZA E REGIME JURÍDICO DO SERVIÇO DE PRATICAGEM PORTUÁRIA

Monografia apresentada à disciplina de Trabalho de Conclusão de Curso, Curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito para a colação de grau como bacharel em Direito, habilitação em Direito do Estado.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

Coorientador: Prof Dr. Alexandre Ditzel Faraco

RAFAEL JANKOVSKI

CURITIBA
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

RAFAEL JANKOVSKI

NATUREZA E REGIME JURÍDICO DO SERVIÇO DE PRATICAGEM PORTUÁRIA

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito, habilitação em Direito do Estado, no curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem
Departamento de Direito Público
Universidade Federal do Paraná

Coorientador:

Prof. Dr. Alexandre Ditzel Faraco
Departamento de Direito Público
Universidade Federal do Paraná

Membros:

Prof. Dr. Emerson Gabardo
Departamento de Direito Público
Universidade Federal do Paraná

Saulo Lindorfer Pivetta
Doutorando em Direito do Estado
Universidade Federal do Paraná

Curitiba, ____ de _____ de 2015

“All work and no play makes Jack a dull boy”

Jack Torrance

RESUMO

O presente trabalho pretende analisar a natureza e o regime jurídico do serviço de praticagem portuária, cujo correto posicionamento perante o ordenamento jurídico brasileiro se mostra desafiador, uma vez que se trata de tipo híbrido, *sui generis*, ao qual são aplicados tanto institutos do regime jurídico de direito público quanto de direito privado. Para tanto, num primeiro momento, a fim de delimitar o objeto de estudo, far-se-á uma análise detalhada da regulamentação setorial contemporânea e também de evolução histórica que levou à sua construção. Em seguida, buscar-se-á a construção de uma matriz conceitual a respeito do instituto jurídico dos serviços públicos, com o objetivo de, num terceiro, e derradeiro capítulo, verificar a possibilidade de enquadramento do serviço de praticagem como tal ou, ao menos, em que medida a sua notória essencialidade e necessidade de controle estatal estrito o afastam do conceito puro de atividade econômica em sentido estrito.

Palavras-chave: Praticagem. Serviço Público. Atividade econômica em sentido estrito. Delegação.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
CAPÍTULO I – NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O SERVIÇO DE PRATICAGEM E SUA REGULAMENTAÇÃO.....	10
1. Noções gerais sobre o serviço de praticagem.....	11
2. Origem e transformações da regulamentação dos serviços de praticagem no ordenamento jurídico brasileiro.....	18
3. Análise da regulamentação contemporânea dos serviços de praticagem.....	26
4. A experiência internacional: Análise da regulamentação dos serviços de praticagem em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros.....	36
CAPÍTULO II – CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO CONCEITO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E SUAS POSSIBILIDADES DE DELEGAÇÃO A PARTICULARES.....	46
1. A construção histórica da noção de serviços públicos.....	48
1.1. A Formação da noção clássica de serviço público e sua influência no direito brasileiro.....	48
1.2. As crises da noção de serviço público e a sua utilidade contemporânea.....	55
2. O serviço público na Constituição Federal e o sentido a ele atribuído pela doutrina e jurisprudência brasileiras.....	58
2.1. O serviço público na Constituição Federal.....	59
2.2. Conceito(s) de serviço público, critérios de definição e sentidos atribuídos à locução pela doutrina e jurisprudência brasileiras.....	64
2.2.1. Sentidos atribuídos pela doutrina brasileira à noção de serviço público.....	64
2.2.2. Classificação.....	71
2.2.3. Princípios aplicáveis aos serviços públicos.....	74
2.3. A noção de serviço público na visão do Supremo Tribunal Federal.....	79
3. O regime jurídico-constitucional dos serviços públicos no Brasil, sua distinção em relação à atividade econômica em sentido estrito e possibilidades de delegação.....	84
3.1. Serviço público como espécie do gênero atividade econômica.....	85
3.2. Do regime jurídico aplicável aos serviços públicos.....	92
3.3. Serviços públicos e outros tipos de atividade administrativa.....	95
3.4. Serviços públicos e descentralização administrativa: modalidades de delegação (concessão, permissão, autorização e outras formas).....	98
CAPÍTULO III – NATUREZA E REGIME JURÍDICO DO SERVIÇO DE PRATICAGEM.....	105
1. Do critério material.....	107
2. Do critério formal.....	111
3. Do critério subjetivo.....	122
CONCLUSÃO.....	130
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	134

INTRODUÇÃO

A praticagem é uma atividade antiquíssima, cuja evolução acompanha, *pari passu*, o desenvolvimento do comércio marítimo. Desde a antiguidade, o prático sempre foi muito bem-vindo a bordo das embarcações que pretendiam atracar em portos estrangeiros, uma vez que, por mais experientes que fossem seus Comandantes, estes reconheciam as suas limitações em operacionalizar suas habilidades de navegação nestas áreas restritas e traiçoeiras, com cuja dinâmica ambiental não estavam familiarizados e, aliviados por contarem com a assessoria dos práticos, interpretavam o preço pago pelos serviços como um investimento, destinado a proteger a embarcação, a vida dos tripulantes e passageiros e a carga transportada.

Com o passar do tempo, o comércio marítimo evoluiu, o tamanho das embarcações, sua capacidade de carga e a estrutura dos portos destinados a recebê-las aumentou exponencialmente, mas a relação entre os Comandantes das embarcações e os práticos permaneceu inalterada, com os primeiros, vendo nos segundos, um imprescindível aliado à segurança dos bens e vidas humanas sob sua responsabilidade. A partir do final do século XX, principalmente após o emblemático acidente em que o navio Exxon Valdez,¹ após colidir com uma barreira de corais no litoral do Alaska, derramou milhões de litros de petróleo, as autoridades governamentais intensificaram a sua preocupação com a praticagem, no sentido de proteger o meio ambiente, o patrimônio estatal e as economias nacionais, uma vez que o caso supracitado demonstrou que acidentes marítimos podem provocar desastres ambientais, danos às áreas portuárias e mesmo o fechamento de portos por longos períodos, provocando prejuízos incalculáveis.

Infelizmente, no Brasil, a praticagem não recebe prestígio normativo similar ao que lhe é conferido em outras partes do mundo.² A Lei 9.537/97, Chamada de Lei

1 O acidente do Exxon Valdez, ocorreu enquanto se afastava do porto de Valdez, no Alaska, após o navio já estar localizado numa área considerada segura para a navegação e, portanto, já sem a assessoria de um prático. De acordo com o Exxon Valdez Oil Spill Council, conselho formado para supervisionar a aplicação dos fundos destinados à recuperação do ecossistema afetado, mudanças radicais foram implementadas no regulamento de praticagem local, após a percepção de que a área de navegação que demanda o auxílio de um prático é muito maior do que o limite anterior e de que, caso este limite já tivesse sido incrementado anteriormente, possivelmente o acidente não teria ocorrido. Exxon Valdez Oil Spill Council. **Spill Prevention And Response**. Disponível em: <<http://www.evostc.state.ak.us/index.cfm?FA=facts.response>>. Consulta realizada em 02/07/2015.

2 Não se pretende afirmar, contudo, que a praticagem seja mal remunerada, quando, na verdade, trata-se uma das categorias, que por seu mérito, é uma das mais bem remuneradas do Brasil. O

de Segurança do Tráfego Aquaviário, principal diploma normativo referente ao assunto, prestou-se a promover uma regulamentação anacrônica para o setor de praticagem, similar à que o regulamentava desde a época imperial, através da delegação do serviço a particulares, ainda que sob forte controle estatal, falhando, entretanto, em esclarecer a sua verdadeira titularidade, e criando, por consequência, um dos regimes jurídicos mais confusos de que se tem notória no ordenamento jurídico brasileiro. A precária regulamentação jurídica setorial dá margem a pressões exercidas pelos armadores sobre o Governo Federal, no sentido de tentar desregular o setor, a fim de incrementar seus lucros em detrimento da proteção de bens jurídicos fundamentais, e também faz com que o judiciário fique desorientado ao se deparar com questões referentes ao assunto, a exemplo de emblemática decisão proferida por Desembargador do Tribunal Regional Federal da Segunda Região que, chamado a prestar jurisdição em caso que envolvia o rigoroso processo seletivo promovido pela Autoridade Marítima para ingresso na categoria, equiparou a habilitação para o exercício da praticagem, que envolve assessoria em manobras de alto risco à vida humana e ao meio ambiente, à simples habilitação para a condução de veículos automotores.

O objetivo deste trabalho é tentar desvelar a verdadeira posição do serviço de praticagem no ordenamento jurídico brasileiro, analisando, não apenas a esparsa regulamentação jurídica sobre o assunto, mas também a posição de alguns dos principais doutrinadores administrativistas a respeito da disciplina dos serviços públicos.

Para tanto, no primeiro capítulo desta monografia, tratar-se-á de esclarecer todos os fatores relevantes a respeito do serviço de praticagem. Será realizada uma análise minuciosa de toda a regulamentação norteadora do setor no ordenamento jurídico brasileiro, bem como um estudo a respeito da evolução desta regulamentação, desde seus primórdios, que datam do século XIX, a fim de esclarecer as suas peculiaridades históricas e a forma como esta regulamentação influenciou a contemporânea.

O segundo capítulo será dedicado a um amplo estudo da noção de serviço público perante o ordenamento jurídico brasileiro, contemplando as vertentes legislativa, doutrinária e jurisprudencial sobre o tema.

que se questiona é a precariedade da regulamentação jurídica do setor, desproporcional à utilidade pública que representa.

No terceiro, e derradeiro capítulo deste trabalho, faremos a subsunção das noções obtidas no primeiro capítulo, que terá servido para delimitar o objeto de pesquisa, ao sistema, construído ao longo do segundo capítulo, na tentativa de determinar se os serviços de praticagem são, de fato, serviços públicos, ou se são atividades meramente privadas (econômicas em sentido estrito) e, portanto, sujeitáveis ao regime jurídico de direito privado, ou ainda se tratam-se de modelo híbrido, *sui generis*.

Espera-se, com a vênua imposta pela modéstia, que este trabalho se preste, não a influenciar o legislador federal, e nem mesmo a jurisprudência dos tribunais, mas sim, que sirva de marco inicial para um tratamento doutrinário consistente a respeito deste assunto que, em desprestígio à sua relevância, permanece excluído da pauta dos grandes administrativistas brasileiros.

CAPÍTULO I – NOÇÕES INTRODUTÓRIAS SOBRE O SERVIÇO DE PRATICAGEM E SUA REGULAMENTAÇÃO

A Lei 9.537, de 11 de dezembro de 1997, publicada no DOU de 12 de dezembro de 1997 (Seção I, p. 29.510), de iniciativa do Poder Executivo (extinto Ministério da Marinha),³ é o dispositivo infraconstitucional que norteia o desenvolvimento e a compreensão de todo o sistema jurídico-normativo referente à segurança dos transportes aquaviários (amadores e profissionais) realizados em águas sob jurisdição nacional.⁴

Em seus artigos terceiro e quarto, a Lei supracitada delega à Autoridade Marítima a incumbência de promover a sua implementação e execução⁵, além de delimitar as suas atribuições.⁶ A fim de exercer esta incumbência, a autoridade marítima, através de suas Diretoria de Portos e Costas e Diretoria de Hidrografia e Navegação, expede normas, chamadas de Normas da Autoridade Marítima (NORMAM),⁷ que versam sobre os mais diversos aspectos técnicos referentes à regulamentação do tráfego aquaviário.

- 3 Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: (...) I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, **marítimo**, aeronáutico, espacial e do trabalho” (grifou-se).
- 4 Vale ressaltar que a política marítima nacional é estabelecida pelo Decreto nº 1.265/94 que: “tem por finalidade orientar o desenvolvimento das atividades marítimas do País, de forma integrada e harmônica, visando à utilização efetiva, racional e plena do mar e de nossas hidrovias interiores de acordo com os interesses nacionais”.
- 5 Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário (Lei nº 9.537/97): “Art. 3º Cabe à Autoridade Marítima promover a implementação e a execução desta lei, com o propósito de assegurar a salvaguarda da vida humana e a segurança da navegação, no mar aberto e em hidrovias interiores, e a prevenção da poluição ambiental por parte de embarcações, plataformas ou suas instalações de apoio”.
- 6 Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário (Lei nº 9.537/97): “Art. 4º São atribuições da autoridade marítima: I – elaborar normas para: a) habilitação e controle dos aquaviários e amadores; b) tráfego e permanência das embarcações nas águas sob jurisdição nacional, **bem como sua entrada e saída de portos, atracadouros, fundeadouros e marinas (...). II – regulamentar o serviço de praticagem, estabelecer as zonas de praticagem em que a utilização do serviço é obrigatória e especificar as embarcações dispensadas do serviço**” (grifou-se).
- 7 Convém esclarecer que a Autoridade Marítima é o Comandante da Marinha, vinculado ao Ministério da Defesa, “representante legal do país, responsável, dentre outras atribuições, pelo ordenamento e regulamentação das atividades da Marinha Mercante, cabendo a ela promover a implementação e a execução da Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário - LESTA, com o propósito de assegurar a salvaguarda da vida humana, a segurança da navegação, no mar aberto e hidrovias interiores, e a prevenção da poluição ambiental por parte de embarcações, plataformas ou suas instalações de apoio”. Disponível em: <<https://www.mar.mil.br/cprs/cprs/adm/automaritima.htm>>. Consulta realizada em 27/07/2015. As normas da autoridade marítima, conhecidas pela sigla NORMAM são os dispositivos normativos através dos quais a autoridade marítima instrumentaliza as atribuições a ela delegadas pela Lei nº 9.537/97. Atualmente há trinta destas normas vigentes, com possibilidade de consulta irrestrita através do endereço eletrônico: <https://www.dpc.mar.mil.br/pt-br/normas/normam>. A partir deste ponto do trabalho, todas as menções às Normas da Autoridade Marítima serão feitas através de sua sigla (NORMAM).

No que diz respeito especificamente à praticagem, a NORMAM mais relevante para a compreensão dos diversos aspectos de regulamentação da atividade é a NORMAM-12 da Diretoria de Portos e Costas. A norma supracitada, apesar de contar com o mérito de promover uma regulamentação técnica rigorosa e precisa para o setor, traz em seu bojo uma série de disposições que peculiarizam o setor, dotando-o de características que dificultam a sua subsunção aos moldes normativos e doutrinários tradicionalmente utilizados pelo Direito Administrativo, tanto no que diz respeito a seu enquadramento ou não face às diferentes acepções do conceito de serviço público, quanto ao regime jurídico que deve nortear a sua organização e execução.

Sendo assim, num primeiro momento, a fim de que posteriormente seja possível traçar um panorama capaz de elucidar o nebuloso posicionamento do serviço de praticagem perante o ordenamento jurídico brasileiro, principalmente perante o Direito Administrativo, é imprescindível a realização de uma análise detalhada das normas supracitadas paralelamente ao estudo da evolução histórica da regulamentação do setor. Este estudo preliminar servirá para, num momento posterior, subsidiar a tarefa de enquadrar o serviço de praticagem e todas as peculiaridades que lhe são inerentes, aos moldes preexistentes no ordenamento jurídico nacional, através do cotejo com as possibilidades teóricas trazidas por alguns dos mais relevantes doutrinadores administrativistas.

1. Noções gerais sobre o serviço de praticagem

O Decreto 2.596, de 18 de maio de 1998, que regulamenta a Lei 9.537/97 (Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário), em seu capítulo I, intitulado “Do Pessoal”, promove a organização de todas as pessoas envolvidas diretamente com o tráfego aquaviário.⁸ O primeiro critério utilizado para a classificação diz respeito à distinção

8 Decreto nº 2.596/98: “Art. 1º Os aquaviários constituem os seguintes grupos: I - 1º Grupo - Marítimos: tripulantes que operam embarcações classificadas para navegação em mar aberto, apoio portuário e para a navegação interior nos canais, lagoas, baías, angras, enseadas e áreas marítimas consideradas abrigadas; II - 2º Grupo - Fluviários: tripulantes que operam embarcações classificadas para a navegação interior nos lagos, rios e de apoio fluvial; III - 3º Grupo - Pescadores: tripulantes que exercem atividades a bordo de embarcação de pesca; IV - 4º Grupo - Mergulhadores: tripulantes ou profissionais não-tripulantes com habilitação certificada pela autoridade marítima para exercer atribuições diretamente ligadas à operação da embarcação e prestar serviços eventuais a bordo às atividades subaquáticas; **V - 5º Grupo - Práticos: aquaviários não-tripulantes que prestam serviços de praticagem embarcados**; VI - 6º Grupo - Agentes de Manobra e Docagem: aquaviários não-tripulantes que manobram navios nas fainas em diques, estaleiros e carreiras. Parágrafo único. Os grupos de aquaviários são

entre os que exercem suas atividades de forma profissional, denominados *aquaviários*, e os **amadores**, que não são profissionais, e portanto estão habilitados apenas a conduzir embarcações de esporte e recreio. A categoria dos aquaviários subdivide-se em seis grupos: Marítimos, Fluviários, Pescadores, Mergulhadores, *Práticos* e Agentes de Manobra e Docagem. A categoria de amadores, por sua vez, subdivide-se em: Veleiro, Motonauta, Arrais-Amador, Mestre-Amador e Capitão Amador.

O objeto deste trabalho é o quinto grupo de aquaviários profissionais elencados pelo decreto supracitado, qual seja, o de Práticos,⁹ que por sua vez se subdivide em duas categorias: Prático e Praticante de Prático.¹⁰

Apesar de esta categoria profissional existir em qualquer nação onde se pratique o tráfego aquaviário de cargas e passageiros com obediência mínima aos parâmetros de segurança, além do Brasil, apenas a Espanha e algumas outras nações hispanofalantes adotam o termo “prático” ou sua variação hispânica “práctico” para designá-la.¹¹ No caso brasileiro, o surgimento do termo é oriundo da substantivação do adjetivo “prático” que qualificava o substantivo “piloto” nos regulamentos expedidos pela monarquia portuguesa. Até então, as normas editadas pela monarquia portuguesa referiam-se a estes profissionais como “pilotos práticos” para designar aqueles profissionais que, apesar de não necessariamente possuírem conhecimento náutico teórico, tinham muita prática nas operações de entrada e saída de portos, além de grande conhecimento das peculiaridades geográficas locais, e que portanto eram contratados para auxiliar os comandantes dos navios nestas operações.¹²

Quanto à conceituação contemporânea do serviço de praticagem, a Lei 9.537/97, em seu art. 12, determina que: “consiste no conjunto de atividades profissionais de assessoria ao Comandante requeridas por força de peculiaridades locais que dificultem a livre e segura movimentação da embarcação”. O conceito

constituídos pelas categorias constantes do Anexo I a este Regulamento. Art. 2º Os Amadores constituem um único grupo com as categorias constantes do item II do Anexo I a este Regulamento” (grifou-se).

9 Ao longo desta obra, todas as menções à categoria profissional de Práticos serão feitas com a inicial maiúscula, em obediência à grafia trazida pelo Decreto nº 2.596, de 18 de maio de 1998.

10 As distinções entre as duas categorias serão detalhadas no item 3 deste capítulo, quando da análise sistemática da NORMAM-12 da Diretoria de Portos e Costas.

11 Em Portugal utiliza-se o termo “Piloto”, na língua inglesa, utiliza-se *pilot*, na França, *pilote* e na Itália, *pilota*. MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. Vol. 1: Teoria Geral. 4. ed. Barueri: Manole, 2013. p. 538.

12 CONAPRA. **De 1808 a 2008: 200 Anos de Praticagem Regulamentada no Brasil**. Rio de Janeiro: CONAPRA, 2008. p. 15-16.

apresentado, apesar de sintético, resume de forma eficaz os principais elementos caracterizadores da atividade.

Destrinchando o conceito apresentado pelo diploma legal supracitado, em primeiro lugar, constata-se que se trata de atividade profissional, ou seja, dotada de um mínimo de regulamentação, que requer dos envolvidos conhecimentos teóricos e práticos, bem como experiência na execução das atividades. Em segundo lugar, ao descrever as atividades como de “assessoria ao Comandante”, evidencia o caráter assessorial do Prático, ou seja, sua função é orientar o comandante, que mantém o comando da embarcação.^{13_14}

Por fim, o parágrafo estudado revela o fator que torna a figura do prático imprescindível para a segurança da navegação em águas restritas, qual seja, a existência das “peculiaridades locais” da Zona de Praticagem (ZP).¹⁵ Ocorre que nenhuma área portuária, por mais bem estruturada e planejada que seja, está livre da existência de diversas peculiaridades como variações de marés, correntezas,

13 Eliane M. Octaviano Martins, em seu Curso de Direito Marítimo, dedica grande destaque ao debate sobre as nuances referentes ao comando do navio na presença do Prático a bordo. A respeito do tema, a autora assevera que: “No contexto hermenêutico, a extensão da interpretação do caráter da atividade do prático ou piloto remete à polêmica da relação entre o comandante e o piloto. Na comunidade marítima internacional, a questão tem sido alvo de reiterados debates que versam fundamentalmente sobre a tese da divisão de comando do navio (*command division*) e sobre a isenção ou limitação de responsabilidade dos práticos, principalmente na esfera civil. No âmbito das discussões, têm sido suscitadas muitas críticas à situação atual e tem se consolidado a necessidade de regulação internacional da atividade de praticagem”. MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. Op. Cit., p. 540.

14 Ainda sobre o assunto, Eliane M. Octaviano Martins, citando palestra proferida por Matusalém Gonçalves Pimenta, na Universidade Católica de Santos (UNISANTOS), cita o Canal do Panamá como uma exceção à regra de que a praticagem refere-se a atividade essencialmente assessorial, uma vez que “O armador que deseja utilizar o canal deve concordar integralmente com as normas de passagem. Dentre as muitas regras, está a obrigatoriedade de não interferência do Comandante na manobra executada pelo Prático. Assim, o Prático, no Canal do Panamá, não é assessor do Comandante, mas navegador responsável pela condução do navio durante toda a passagem que dura cerca de 48 horas. Hoje os Práticos são panamenhos, mas essa cultura foi herdada da administração americana, entendida como necessária à segurança dos navios e das instalações do próprio canal. É comum em determinados trechos críticos que o próprio prático assuma o timão por questões de segurança. Em contrapartida à não interferência do Comandante, a empresa administradora do canal assume total responsabilidade por quaisquer acidentes, desde que sejam causados por culpa do Prático. O modelo de praticagem do Canal do Panamá é exclusivo, mas no Canal de Kiel (Alemanha) os Práticos embarcam com dois timoneiros de confiança que se revezam durante a passagem. Os cruzamentos ocorrem com os navios muito próximos entre si e a navegação às vezes ocorre bem próxima das margens, exigindo expertise diferenciada dos timoneiros, razão da prática adotada”. PIMENTA, Matusalém Gonçalves. “Praticagem”. Palestra proferida na Universidade Católica de Santos (UNISANTOS), 2011. Apud: MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. Op. Cit., p. 545.

15 Normas da Autoridade Marítima para o Serviço de Praticagem – NORMAM-12/DPC: “0122 – ZONA DE PRATICAGEM (ZP) É a área geográfica delimitada por força de peculiaridades locais que dificultem a livre e segura movimentação de embarcações, exigindo a constituição e funcionamento ininterrupto de Serviço de Praticagem para essa área. Compete à DPC estabelecer as ZP”.

ondulações, diferenças de profundidade, assoreamento e ventos, apenas para citar algumas das mais óbvias, que podem colocar os navios em risco. É justamente o conhecimento destas características locais, bem como da dinâmica de suas variações, que valoriza sobremaneira a atividade do Prático,¹⁶ tendo em vista o fato de que, mesmo os Comandantes mais experientes sentem-se justificadamente inseguros a enfrentar estas condições locais, com as quais não estão familiarizados.¹⁷⁻¹⁸

O artigo sexto do Decreto nº 2.596/98, com redação alterada pelo Decreto nº 7.860/12, determina que: “o serviço de praticagem é constituído de prático, lancha de prático e atalaia”. Sendo assim, além da figura do Prático, que, como já foi dito anteriormente, trata-se do profissional responsável pelas atividades, estão inseridas na definição global dos componentes do serviço de praticagem, o veículo de transporte, que normalmente é utilizado pelo Prático para alcançar as embarcações que assessorará, no caso de uma chegada, ou para delas afastar-se no caso de uma partida, e a estrutura complementar, que servirá de base para as atividades.

No que diz respeito à “lancha de prático”, é relevante destacar que trata-se de embarcação com características *suis generis*, dotada de motorização que permita alcançar os navios em mar aberto, mesmo em condições climáticas adversas e dotada de robustez acima do padrão, tendo em vista o fato de que necessariamente

16 Nesse sentido, aduz Pedro Duarte Neto, em seus comentários à Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário: “A evolução tecnológica não dispensa o uso do prático nos principais portos do mundo e as companhias seguradoras exigem em várias situações a presença obrigatória de um prático a bordo. Da mesma forma, a Autoridade Marítima exige em situações específicas o prático a bordo, como requisito indispensável para a segurança da navegação, a salvaguarda da vida humana no mar e a prevenção da poluição das águas”. DUARTE NETO, Pedro. **Comentários à Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 55.

17 O Prático, aprovado em processo seletivo organizado pela Autoridade Marítima, fica vinculado a uma determinada Zona de Praticagem (ZP), com base na escolha ordenada das opções disponíveis, feita no momento da inscrição no certame e de sua pontuação nas provas. Tendo em vista esta estrita relação da atuação do prático com o espaço geográfico em que atua, bem como do longo período de treinamento específico a que é submetido, não há possibilidade, além da realização de um novo processo seletivo, onde a atuação anterior como prático contabiliza pontos na forma de títulos, para mudança de “lotação” voluntária, em moldes semelhantes ao instituto da remoção voluntária do Direito Administrativo. Sendo assim, poderíamos cogitar de uma “inamovibilidade compulsória” do Prático, que fica irremediavelmente vinculado a uma ZP e dela somente se desvincularia na hipótese de aprovação em novo processo seletivo ou do desmembramento desta ZP, e conseqüente mudança de lotação determinada de ofício pela Autoridade Marítima.

18 Além do grande conhecimento das particularidades geográficas da ZP onde atua, o Prático possui, em relação aos Capitães de Longo Curso (normalmente encarregados do comando de navios mercantes), um maior grau de expertise no que diz respeito à navegação de precisão (realizada em áreas restritas), uma vez que o treinamento dos Capitães de Longo Curso, como o próprio nome da categoria sugere, possuem treinamento predominantemente voltado para a realização de longas travessias ou navegação de cabotagem a uma distância segura da costa.

estará sujeita a, ao longo de sua utilização, entrar em contato direto com os cascos dos grandes navios abordados, a fim de permitir o embarque e desembarque do Prático.^{19_20}

Com relação à “atalaia”, trata-se da estação de praticagem, que contempla a estrutura de apoio operacional e administrativa aos serviços de praticagem. A estação abriga o pessoal de apoio, como os operadores de rádio e os condutores das lanchas de praticagem, responsáveis pela condução dos Práticos até os navios que serão atendidos pelo serviço, além das próprias lanchas de praticagem.²¹ A atalaia é dotada de equipamentos de radiocomunicação através dos quais o pessoal de apoio e os práticos estabelecem contato com os navios que necessitem da prestação dos serviços, além de sistemas informatizados que permitem o monitoramento do tráfego de embarcações, das marés e das condições meteorológicas, a fim de garantir a segurança das manobras programadas.^{22_23}

Para fins didáticos, é conveniente extrapolar o descrito na legislação referente ao tema, subdividindo a praticagem em praticagem de barra ou de porto, praticagem fluvial e praticagem de mar ou de costa. A primeira delas é a mais comum e trata-se basicamente do auxílio para a entrada de navios vindos do mar em portos localizados em águas abrigadas, como no caso do porto de Paranaguá, localizado na baía de Paranaguá, no Paraná, ou no caso do porto de Rio Grande, no Rio Grande do Sul. A praticagem de mar, que encontrava-se quase extinta, renasceu com a construção de navios gigantes e destoa das outras modalidades de praticagem porque não tem o objetivo de auxiliar na atracação ou desatracação,

19 MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. *Op. Cit.*, p. 559.

20 A NORMAM-12 – DPC detalha, em seu capítulo 3, seção I, as características, identificação visual, dotação de equipamentos e materiais, emprego, dotação, qualificação dos tripulantes e habilitação referentes à lancha de práctico.

21 Em portos que contam com grande movimento, a estrutura física de suporte às atividades, desenvolve-se proporcionalmente ao volume das atividades. No porto de Santos em São Paulo, por exemplo, a estrutura administrativa de suporte à praticagem comporta dezenas de trabalhadores, além de uma notável estrutura física, dotada até mesmo de estaleiro próprio, destinado ao constante processo de manutenção requerido para o perfeito funcionamento das lanchas de praticagem.

22 MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. *Op. Cit.*, p. 558-559.

23 Destaque-se que o controle de tráfego de embarcações no porto é atribuição da Administração Portuária, porém, em muitos casos ela é fortemente auxiliada nesta tarefa pelas associações de praticagem e, em casos extremos, como no caso do Porto de Santos, o controle de tráfego é totalmente delegado pela Administração Portuária às associações de praticagem. O controle de tráfego foi formalmente delegado à Praticagem de Santos pela DC 106/2010. BNDES. **Análise e Avaliação da Organização Institucional e da Eficiência da Gestão do Setor Portuário Brasileiro – Relatório Final**. p. 426. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/produtos/download/aep_fep/chamada_publica_FEP0110_resultado_vol_anexo.pdf>. Acesso em 2 de março de 2015.

mas sim de contribuir para a segurança de navios que navegam por áreas extremamente movimentadas e dotadas de características climáticas inóspitas, como o Mardo Norte, o Canal da Mancha e o Mar Báltico. Por fim, a praticagem fluvial dedica-se ao trabalho com navios em áreas de rios, canais, lagos e lagoas, como é o caso dos portos de Porto Alegre e Pelotas, no Rio Grande do Sul.²⁴

No Brasil, em linhas gerais, os serviços de praticagem são executados da seguinte forma: com base na programação estabelecida entre os armadores e seus prepostos, e os responsáveis pela administração portuária para as futuras chegadas e partidas de navios, as associações ou empresas de praticagem locais estabelecem calendários, a fim de garantir o máximo de previsibilidade e precisão na prestação dos serviços.²⁵ Nos momentos que antecedem a chegada dos navios à ZP,²⁶ o comando do navio ou seu agente em terra, atuando como preposto do armador, solicita à atalaia o agendamento para o atendimento do Prático.²⁷ Em resposta à solicitação, o operador de rádio de plantão na atalaia entra em contato com o navio, a fim de informá-lo da confirmação do agendamento e da hora exata em que o prático fará a aproximação para embarque e início da manobra. Com o agendamento confirmado, o Prático, utilizando-se da lancha de prático e com auxílio da tripulação empregada pela associação de práticos, dirigir-se-á ao navio que o aguarda na posição preestabelecida, normalmente nas regiões limítrofes à ZP que ofereçam boas condições de segurança. Ciente da aproximação da lancha de praticagem, o navio disponibilizará escada, rampa ou outro meio que permita a entrada do Prático a bordo. Com o prático a bordo do navio, a lancha retorna para a base e o prático dará início às atividades de assessoria ao comandante para

24 GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. **Teoria e Prática do Direito Marítimo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014. p. 188-189.

25 Normalmente as empresas de praticagem possuem um cronograma de atracações e desatracações preestabelecido, em que estão contidas previsões de movimentações portuárias que serão realizadas, tanto nos dias subsequentes, quanto nos próximos meses. Estas informações costumam ser divulgadas nos sites das empresas, como por exemplo em: "<http://www.praticagemdoparana.com.br/PREV.HTM>", que contém as previsões de manobras para os portos de Paranaguá e Antonina, ou em: "<http://www.itajaipraticos.com.br/site/movimentacao.php>" para o porto de Itajaí em Santa Catarina.

26 A autoridade Marítima delimita, para cada ZP, coordenadas geográficas denominadas "ponto de espera de prático", que limitam as áreas seguras onde os navios devem aguardar a chegada dos práticos para que possam prosseguir com a manobra de aproximação do porto, ou no caso inverso, onde desembarcam o prático que colaborou na desatracação e saída do navio do porto.

27 A forma e os prazos para esta solicitação variam de acordo com cada empresa prestadora dos serviços. No caso da praticagem de Santos em São paulo, por exemplo, os agendamentos devem ser feitos com antecedência máxima de 12 horas e mínima de 6 horas.

embasar a aproximação do porto e a atracação segura do navio.²⁸

O primeiro passo para o início das atividades é a informação do comandante ao prático sobre as características de manobrabilidade da embarcação, a forma como a carga está distribuída e quaisquer outras características ou peculiaridades que possam influenciar na segurança da manobra que será realizada. Em posse destas informações, o prático inicia então seu papel de assessoria da manobra, coordenando a ação dos rebocadores, que auxiliarão na manobrabilidade da embarcação,²⁹ e repassando informações como rumos, ordens de leme ou ordens de máquina ao capitão, para que este as repasse à tripulação a fim de que o navio possa ser bem-sucedido na manobra de atracação.³⁰ Para a desatracação e saída da ZP, o procedimento é o inverso, ou seja, o prático embarcará no navio ainda atracado, assessorará o comandante e, uma vez que a embarcação já esteja em local em que possa trafegar sem riscos, a lancha virá recolher o prático e levá-lo em segurança até a atalaia, enquanto o navio estará livre para seguir o rumo pretendido.

Quanto à formalização do acordo de prestação de serviços de praticagem, não há, na práxis marítima internacional, um modelo padrão de contrato de praticagem, admitindo-se até mesmo a forma não escrita. Seguindo esta tendência, o Brasil também não adota nenhum tipo de contrato padrão, evidenciando-se a autonomia das partes, conforme determina o art. 6º, II do Decreto nº 2.596/98.³¹

Em linhas gerais, os armadores, agências marítimas e a praticagem reúnem-se, assessorados por seus respectivos sindicatos ou outras entidades associativas, a fim de elaborar “acordos máster” que determinarão os parâmetros gerais da relação ente os tomadores e os ofertantes do serviço. Estes contratos contém parâmetros globais a serem obedecidos pelas partes, e permitem a continuidade, fluidez e celeridade nas operações através do estabelecimento de parâmetros que nortearão as futuras negociações que ocorrerão caso a caso.³²

28 MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. *Op. Cit.*, p. 571.

29 Outra importante função dos Práticos, além das apresentadas anteriormente, é a coordenação, em língua nativa, dos rebocadores envolvidos na manobra, uma vez que tais prestadores de serviço, ao contrário do Prático, para quem o conhecimento da língua inglesa é ferramenta de trabalho imprescindível, normalmente não estão aptos a se comunicar e principalmente a obedecer, de forma célere e precisa, comandos e orientações técnicas proferidas em língua estrangeira.

30 Carla Adriana Comitre Gibertoni assevera que: “o prático e o praticante de prático não são tripulantes do navio em que exercem suas atividades, pois em nenhum dos casos assina o Rol de Equipagem. É o que se chama de “extra-roll”. (...) É o profissional que presta serviços a bordo sem fazer parte da equipagem, embora sob a autoridade do capitão”. GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. **Teoria e Prática do Direito Marítimo**. *Op. Cit.* p. 193-194.

31 MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. *Op. Cit.*, p. 564-565.

32 MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. *Op. Cit.*, p. 565.

2. Origem e transformações da regulamentação dos serviços de praticagem no ordenamento jurídico brasileiro

O conhecimento das transformações normativas referentes ao objeto de estudo é imprescindível para compreender o modo como a evolução histórica moldou a regulamentação dos serviços e seu consequente enquadramento perante o ordenamento jurídico. Tal estudo deve ter como norte a tentativa de entender a vontade política dos formuladores das normas e suas intenções quanto à posição em que pretendem “encaixar” o objeto dentro das possibilidades que o sistema permite.

A praticagem é uma atividade cujo surgimento e a evolução ocorrem paralelamente ao comércio marítimo, ou seja, é possível rastrear indícios do exercício da atividade, datados de muitos séculos.³³ A era das grandes navegações trouxe também avanços incomensuráveis para a disciplina da praticagem, com grande desenvolvimento no que diz respeito à regulamentação das atividades, com notável destaque para Portugal.³⁴

O primeiro documento a regulamentar a atividade da praticagem no Brasil foi um decreto promulgado em 12 de junho de 1808, ou seja, aproximadamente seis meses após o desembarque de D. João e da corte portuguesa em Salvador, em 22 de janeiro de 1808. Ocorre que, seis dias após a chegada em Salvador, o soberano assinou a Carta Régia, que decretou a abertura dos portos brasileiros a todas as

33 Nesse sentido, aduz Eliane M. Octaviano Martins: “A história da praticagem confunde-se com o aparecimento do comércio marítimo. Traçar uma linha histórica deste serviço é remeter-se aos primórdios da humanidade, quando os primeiros aventureiros lançaram-se ao mar em busca de novas conquistas. Registros do serviço de praticagem são mencionados há quatro mil anos, em documentos encontrados na cidade de Ur (Caldeia). Há também a citação em algumas passagens bíblicas. O texto sagrado faz referência em Ezequiel 27, na passagem 'Os teus sábios, ó Tiro, foram os teus pilotos'. Não se pode também esquecer do Código de Hamurabi e dos Rolos de Rhodes e Oleron. Os primeiros povos de que se tem notícia que utilizaram este serviço foram os gregos e fenícios, estes últimos há cerca de três mil e quatrocentos anos, já contavam com Práticos que conheciam bem as costas e portos mediterrâneos. O livro 'Kojiki', que descreve os acontecimentos do Japão antigo, no ano 712 da era cristã, já menciona referências ao serviço de Praticagem. Até mesmo em gravuras do antigo Egito, nas quais se viam barcas onde o piloto de pé à proa fincava o olhar no horizonte, e enquanto que, com uma das mãos empunha um prumo, com a outra assinalava ao timoneiro situado à popa, o rumo que deveria se dirigir. Navegadores como Vasco da Gama e Marco Polo utilizaram-se dos serviços de práticos árabes, vez que estes conheciam as peculiaridades locais e possuíam a aparelhagem técnica avançada. Relatos descrevem que Cristóvão Colombo, ao ancorar na pequena ilha da Conceição, quando do descobrimento do Novo Mundo, teve a ajuda de Juan de la Costa, que atuava também na condição de cartógrafo da expedição”. MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. *Op. Cit.*, p. 532-533.

34 CONAPRA. **De 1808 a 2008: 200 Anos de Praticagem Regulamentada no Brasil**. *Op. Cit.*... p. 17-33.

mercadorias transportadas por navios de seus vassallos e estrangeiros de nações amigas. A partir de então, o porto do Rio de Janeiro, que desde o final do século XVIII já era o maior do Brasil e principal núcleo intermediário do tráfico de escravos e circulação de mercadorias entre a África, Lisboa e Minas Gerais, sofreu um abrupto incremento em sua movimentação.³⁵

Foi justamente esta intensificação da movimentação portuária, notadamente no Rio de Janeiro, que deflagrou a necessidade de se estabelecer uma regulamentação formal para o serviço de praticagem, a fim de aumentar a celeridade e a segurança na entrada e saída de navios da área portuária.³⁶ Tal afirmação é corroborada pela leitura do preâmbulo do Decreto supracitado, onde o príncipe regente expõe a motivação para a regulamentação.³⁷

O regulamento constante do Decreto de 12 de junho de 1808 trazia alguns institutos que perduraram no tempo e se perpetraram a despeito das inúmeras alterações regulamentares pelas quais o serviço de praticagem foi submetido. O primeiro ponto a merecer destaque é a necessidade de submissão a exame perante a Autoridade Marítima para o ingresso na carreira. Outro ponto relevante é a obrigatoriedade do porte de uma “carta”, emitida pela “intendência da Marinha”, para o exercício das atribuições, análoga ao atual Certificado de Habilitação dos Práticos, sem a qual não é permitido o exercício das atividades. Além disso, desta vez seguindo linha diametralmente oposta à que seria consolidada ao longo da evolução normativa da matéria, em seu artigo 5º, o regulamento supracitado fixava os

35 CONAPRA. **De 1808 a 2008: 200 Anos de Praticagem Regulamentada no Brasil**. *Op. Cit...* p. 46-47.

36 Maria Cecília Velasco e Cruz, ao analisar a evolução histórica do porto do Rio de Janeiro assevera que: “A mudança da corte portuguesa e a revogação dos monopólios coloniais trouxeram, no entanto, para a cidade, um exército de navios e milhares de mercadorias. Diante do caos que se avizinhava, e da percepção clara de que a infraestrutura portuária era insuficiente para processar o volume de importações gerado pelo súbito aumento populacional e pela nova situação de liberdade de comércio, algumas medidas relevantes para o desenho futuro do sistema foram tomadas pelo príncipe regente no curto espaço de dois anos (...) É que a pressão sobre as operações portuárias era enorme. Os navios continuavam chegando e era preciso despachá-los sem demora (...)”. CRUZ, Maria Cecília Velasco e. **O porto do Rio de Janeiro no século XIX: Uma realidade de muitas faces**. *Tempo*, revista do Departamento de História da UFF, n. 8, vol. 4, agosto 199, p. 123.

37 Decreto de 12 de junho de 1808: “Porquanto pela Carta Régia de 28 de janeiro próximo passado, fui servido permitir aos navios das Potencias aliadas e amigas da minha corôa, a livre entrada nos Portos deste Continente; e sendo necessario, para que aquelles dos referidos navios que demandarem o Porto desta Capital não encontrem risco algum na sua entrada ou sahida, que haja Pilotos Praticos desta Barra, capazes e com os sufficientes conhecimentos, que possam merecer a confiança dos Commandantes ou Mestres das embarcações que entrarem ou sahirem deste Porto: hei por bem crear o logar de Piloto Pratico da Barra deste Porto do Rio de Janeiro, e ordenar que sejam admitidos a servir nesta qualidade os indivíduos que tiverem as circumstancias prescriptas que baixa com este (...)”. In: CONAPRA. **De 1808 a 2008: 200 Anos de Praticagem Regulamentada no Brasil**. *Op. Cit...* p. 48-49.

emolumentos que remunerariam os serviços do Prático, de acordo com o tipo e o tamanho da embarcação.³⁸

A leitura do Art. 6º do dispositivo legal supracitado,³⁹ ao facultar a contratação do “Prático da Barra examinado”, explicita outra importante característica dos primórdios da regulamentação setorial, qual seja, a opção do legislador pela não-obrigatoriedade da contratação dos serviços de praticagem, ao contrário dos moldes atuais. Esta opcionalidade, interpretada em conjunto com o restante do diploma legal revela que, aos olhos do legislador, o único bem jurídico protegido pelo serviço seria o interesse econômico dos responsáveis pela embarcação, que através da contratação do Prático buscava diminuir os riscos de acidentes que pudessem prejudicar a embarcação e a carga transportada. Tal visão limitada a respeito dos bens jurídicos protegidos pela praticagem demonstra-se evidentemente ultrapassada, sendo a doutrina do direito marítimo uníssona ao elencar outras prioridades protetivas em detrimento do simples interesse econômico do proprietário da embarcação que, com o passar do tempo foi relegado a segundo plano.⁴⁰

Até o ano de 1845, o porto do Rio de Janeiro permaneceu sendo o único para o qual havia alguma forma de regulamentação para a praticagem. Em 4 de setembro de 1845 foi baixado o Decreto n. 363 que autorizava o governo a criar estabelecimentos de praticagem nos portos em que julgasse necessário.⁴¹

No ano seguinte, foi promulgado o Decreto n. 447, de 19 de maio de 1846 que tratava da criação e regulamentação das Capitanias dos Portos nas províncias

38 Vale ressaltar que, conforme será visto adiante, ao longo do tempo, a fixação normativa de valores para os serviços foi abolida, retornando à balha apenas quando da criação, já no século XXI da Comissão Nacional Para Assuntos de Praticagem (CNAP). A tentativa de regulamentação econômica para o serviço de praticagem vem sendo sistematicamente rechaçada judicialmente pelas associações de práticos.

39 Decreto de 12 de junho de 1808: “Artigo 6º. Que no caso que os navios que demandarem esse porto tiverem tomado em qualquer distância das costas algum Prático, não ficarão por este motivo isentos os seus respectivos Commandantes ou Mestres, de pagarem os emolumentos arbitrados ao Piloto da barra examinado, que depois quiserem metter a seu bordo, satisfazendo além disto ao Prático em questão o que tiverem com ele ajustado quando o tomaram” (grifou-se). In: CONAPRA. **De 1808 a 2008: 200 Anos de Praticagem Regulamentada no Brasil**. Op. Cit... p. 48-49.

40 Esta multiplicidade de bens jurídicos aos quais o serviço de praticagem objetiva proteger é ressaltada por Eliane M. Octaviano Martins ao mencionar que “Como razão fundamental da existência da atividade de pilotagem ou praticagem, constata-se maior eficiência e segurança à navegação, com salvaguarda da vida humana, preservação do meio ambiente e proteção ao patrimônio público e privado sob interferência do tráfego aquaviário no interior de áreas ou zonas de praticagem ou pilotagem (...)”. MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. Op. Cit... p. 532-533. No mesmo sentido, DUARTE NETO, Pedro. **Comentários à Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário**. Op. Cit... p. 55.

41 CONAPRA. **De 1808 a 2008: 200 Anos de Praticagem Regulamentada no Brasil**. Op. Cit... p. 52.

do império. O decreto supracitado delegava às Capitanias, entre outras, a função de verificar a necessidade da constituição do serviço de praticagem na respectiva província e, caso positivo, incumbia-as de organizar um regulamento em que fossem estabelecidos o número de práticos necessários, suas obrigações e as formas de habilitação, bem como os deveres dos capitães e mestres de embarcações para com estes práticos.⁴²

No mesmo ano, foi expedido o regulamento de praticagem para a barra da Província do Rio Grande do Sul, sendo o primeiro regulamento a entrar em vigor posteriormente ao de 1808, supracitado. Este regulamento não trazia grandes inovações, com exceção de uma peculiar equiparação dos “empregados da Praticagem” aos militares pertencentes à marinha de guerra.⁴³ Posteriormente à província do Rio Grande do Sul, as capitanias dos portos das demais províncias expediram seus regulamentos de praticagem, fiéis ao disposto no Decreto n. 447/1846,⁴⁴ sem peculiaridades que tornem o seu exame necessário. Ademais, até a proclamação da república, em 1889, não houve grandes inovações que alterassem de forma relevante a regulamentação dos serviços de praticagem.

Os primeiros anos da República brasileira foram marcados por um processo de centralização das instituições nacionais. Grande parte da carga decisória que cabia aos presidentes das províncias e depois aos governadores dos estados passou a ser responsabilidade dos ministérios. A praticagem foi atingida por este movimento centrípeto e sua regulamentação passou por mudanças substanciais.⁴⁵

Em 23 de dezembro de 1889, apenas 38 dias após a instauração da República, foi promulgado o Decreto n. 79 que tratava “sobre a praticagem dos

42 Decreto nº 447 de 19 de maio de 1846: “Art. 91º Nas províncias em que seus portos a navegação necessitar de práticos de barras, ancoradouros, rios, lagoas, e costas, cada capitania organizará um regulamento, em que se marque o número de práticos, que deve haver, habilitações que devem ter, e suas obrigações; deveres dos capitães e mestres para com estes, tabela de quanto devem receber pela praticagem, e penas a que ficam sujeitos uns e outros. Art. 92º No mesmo regulamento se marcará a forma, por que devem ser feitos os exames, para se obter o diploma de prático, que será passado pelo capitão do Porto; bem como que haverá um cofre, para nele se depositarem todas as quantias de praticagem, de entradas e saídas, e de movimento nos ancoradouros, para ser sua totalidade dividida proporcionalmente pelo prático-mor e mais práticos, conforme for especificado no regulamento”.

43 Regulamento baixado para a praticagem do Rio Grande do Sul em 1846: “Art. 23. Os empregados da Praticagem, de qualquer ordem, ficarão considerados, em quanto se acharem neste serviço, como pertencentes à Marinha de Guerra, e por isso isentos da Guarda Nacional, e de qualquer outro serviço Público, que não seja o d'Armada”. In: CONAPRA. **De 1808 a 2008: 200 Anos de Praticagem Regulamentada no Brasil**. Op. Cit... p. 59.

44 CONAPRA. **De 1808 a 2008: 200 Anos de Praticagem Regulamentada no Brasil**. Op. Cit... p. 60-67.

45 CONAPRA. **De 1808 a 2008: 200 Anos de Praticagem Regulamentada no Brasil**. Op. Cit... p. 68.

portos, costas e rios navegáveis dos Estados Unidos do Brasil”, que inovou ao ser a primeira norma centralizadora para a praticagem brasileira. O Decreto estabelecia parâmetros que deveriam obrigatoriamente ser obedecidos pelos futuros regulamentos estaduais.⁴⁶

O Decreto n. 79, de 23 de dezembro de 1889 determinava que: “A praticagem de cada localidade será exercida por associação, salvo quando à falta de recursos ou por outra causas não possa ella organizar-se, caso que o Governo federal a auxiliará ou a fará por administração, como julgar mais Conveniente”. Ficava patente a noção de que, tendo em vista a essencialidade dos serviços, caso o exercício das associações não fosse viável, caberia ao governo federal subsidiar suas atividades no que fosse necessário, ou mesmo assumir o controle administrativo dos serviços, em última instância.

Além disso, o regulamento preconizava a manutenção dos moldes preexistentes no que dizia respeito à necessidade de processo seletivo para a obtenção de habilitação oficial, e inovava ao estabelecer uma até então inédita exclusividade do exercício da profissão de forma remunerada aos portadores da habilitação e ao criar a figura dos Diretores Especiais da Praticagem, oficiais reformados da Marinha, designados pelo governo federal para atuar em cada localidade, suprimindo, desta forma, a autoridade das Capitanias dos Portos no que dizia respeito ao controle da atividade.⁴⁷

Vale ressaltar que neste novo regime, os preços referentes aos serviços prestados seriam fixados pelos Diretores Especiais de Praticagem, fato que posteriormente seria criticado pela comissão elaboradora do decreto que sucederia este, sob o argumento de que a ganância fazia com que estes Diretores permitissem valores absurdos para os serviços de praticagem, tendo em vista que eram remunerados por parcela da receita das associações de praticagem.

No início do século XX, a praticagem ganha o seu segundo regulamento geral, baixado pelo Decreto n. 6.864 de 6 de fevereiro de 1908. Este novo regulamento trazia uma série de modificações em relação ao seu antecessor, motivadas, em grande parte, por razões econômicas. Na exposição de motivos do

46 CONAPRA. **De 1808 a 2008: 200 Anos de Praticagem Regulamentada no Brasil**. *Op. Cit...* p. 68.

47 Decreto nº 79 de 23 de dezembro de 1889: “Art. 5º. A praticagem remunerada só poderá ser confiada a indivíduo que exhibir o titulo de que trata o artigo anterior, sob a respectiva pena do código, além da que no regulamento especial da localidade for estabelecida pela inobservância desta determinação, conforme importância da praticagem exercida”.

novo decreto, a comissão responsável por sua elaboração elencou uma série de fatores relacionados à forma como os serviços de praticagem vinham sendo conduzidos, que entendia serem prejudiciais ao desenvolvimento econômico da nação. Dentre estes fatores, destacava-se uma evidente preocupação com o monopólio dos serviços por parte das associações de praticagem, involuntariamente criado pelos dispositivos legais anteriores.⁴⁸ Vale ressaltar que ainda hoje, mais de cem anos depois, ainda paira a discussão sobre a forma como os serviços são organizados, e sobre os supostos impactos dos preços cobrados para a economia nacional.

A fim de sanar os problemas detectados, as principais modificações trazidas por este novo dispositivo foram a eliminação da obrigatoriedade da tomada dos serviços nas localidades que não fossem de difícil acesso ou perigoso, a permissão para o exercício das atividades de forma individual, ou seja, não mais dependente de associação, além da permissão para que houvesse negociação direta entre as partes interessadas, quanto aos preços dos serviços, devido à eliminação da figura do Diretor Especial da Praticagem.⁴⁹

Em 1926, 1935 e 1938 foram promulgados, respectivamente o Decreto n. 17.616, Decreto n. 220-A e Decreto-lei n. 200, que traziam apenas modificações sutis para o regulamento anterior ou traziam nova regulamentação técnica de menor importância, como no caso do Decreto-lei supracitado, que estabelecia normas para

48 Decreto nº 6.846 de 6 de fevereiro de 1908: “Exposição de Motivos - (...) Assim sendo, só nas localidades de acesso difícil ou perigoso e que demandem conhecimentos especiaes, se deve tornar obrigatoria a praticagem; no entretanto, compreensão diferente, dada a essa exigencia, tem trazido gravames para o commercio marítimo pela obrigatoriedade de praticagem em portos e barras cujo acesso nenhuma dificuldade ou perigo offerece ás embarcações que as transpõem, creando-se, assim, despesas que muitas vezes o frete da carga não compensa e dando isso logar a não serem, taes portos, procurados ou, quando o são, os fretes encarecem de muito a mercadoria. Ainda mais, á sombra dessa mal entendida obrigatoriedade, fazem as associações de praticagem um monopolio do serviço, só procurando augmentar suas rendas sem tratar de melhora-las, antes as difficultando e afugentando das localidades navios que poderiam fazer crescer suas rendas. A facilidade com que algumas associações teem obtido a elevação das taxas do serviço da praticagem tem trazido onus para o commercio marítimo, para cujo amparo se torna necessario um meticoloso estudo dessas taxas para dar-lhes as justas proporções. Essa facilidade de elevação das taxas, sob fundamento da carestia da vida, do decrescimento da renda, consequente da crise economica e do afugentamento do commercio marítimo, que não supporta as despesas da praticagem dos portos, tem trazido como resultado a mudança de regimen de homens de habitos e vida economica, acostumados a provações proprias da vida maritima, para as de grandeza, fausto, luxo e gosos das grandes cidades, e de tal sorte que, hoje, os praticos que residiam nas praias e se occupavam com os trabalhos proprios do marítimo não mais querem alli conservar-se, retirando-se para o interior das cidades e occupando-se nas horas de folga em mysteres alheios á profissão maritima; e, contrariamente á praxe dos antigos, os filhos não substituem os paes na profissão (...)”.

49 CONAPRA. **De 1808 a 2008: 200 Anos de Praticagem Regulamentada no Brasil**. *Op. Cit...* p. 71.

o exercício da praticagem individual, que só seria permitida onde não houvesse associação de praticagem organizada na forma da legislação em vigor.⁵⁰

O Decreto n. 5.798, de 11 de junho de 1940, que regulamentava as atividades da Capitania do Portos acabou por trazer uma importantíssima modificação para a forma como o serviço de praticagem era organizado. Tratava-se da substituição do regime associativo para o regime corporativo no qual toda a infraestrutura necessária à prestação do serviço (edifícios, embarcações e funcionários) seria passado das associações para as corporações, que assumiriam sobre eles a total responsabilidade.⁵¹ Na prática, a norma representava uma grande perda de autonomia para a categoria dos práticos, que não mais gozava da prerrogativa de se organizar como associação ou sociedade empresária capaz de se autogerir com plenitude.⁵²

Posteriormente, tratando de regulamentar as modificações trazidas pelo decreto supracitado, foi promulgado o Decreto n. 18.846 de 11 de junho de 1945, porém sem trazer grandes alterações, exceto no que dizia respeito a adequar o regime anterior ao disposto no Decreto n. 5.798 de 1940.

O regulamento seguinte, Decreto n. 40.704 data de 31 de dezembro de 1956 e não trouxe grandes modificações no que diz respeito à organização das atividades. Porém seu artigo segundo trazia uma declaração bastante reveladora a respeito da forma como o legislador compreendia o serviço de praticagem perante o ordenamento jurídico pário, ao afirmar que: “Serviços de praticagem são organizações de utilidade pública, de interesse da segurança nacional e da alçada do Ministério da Marinha, que tem por fim realizar a navegação de praticagem (...)”. Esta foi a primeira menção explícita à utilidade pública dos serviços de praticagem e à sua relevância relacionada à segurança nacional.

O ano de 1961 representou uma espécie de divisor de águas para a praticagem brasileira. Com o advento do Decreto n. 119 de 6 de novembro de 1961, toda a infraestrutura necessária à prestação dos serviços, que desde 1940 havia

50 CONAPRA. **De 1808 a 2008: 200 Anos de Praticagem Regulamentada no Brasil**. *Op. Cit...* p. 90.

51 CONAPRA. **De 1808 a 2008: 200 Anos de Praticagem Regulamentada no Brasil**. *Op. Cit...* p. 90.

52 Decreto nº 5.798 de 11 de junho de 1940: “Art. 601. (...) todo o material de praticagem pertence à corporação e não aos práticos, revertendo ao Ministério da Marinha em caso de dissolução da mesma. Art. 609. (...) o material que constituía o patrimônio das associações será avaliado em inventário, passado para as corporações, as quais assumem todas as responsabilidades existentes”.

sido vinculada às corporações, cujo controle cabia ao Ministério da Marinha, voltou ao controle dos práticos, uma vez que as corporações foram extintas e seu patrimônio devolvido às antigas associações. A autoridade marítima passava a atuar preponderantemente na fiscalização técnica e regulamentar do serviço de praticagem.⁵³

O regulamento seguinte foi o Decreto n. 93.475, de 24 de outubro de 1986. O Decreto trazia algumas importantes modificações que, mesmo após a sua revogação seriam mantidas na regulamentação da praticagem. A mais relevante destas novidades foi a implementação de uma escala de rodízio compulsória para a prestação dos serviços, com a finalidade de impedir que o prático atuasse por muitas horas contínuas sem descanso, o que levaria à redução de suas capacidades física e mental e, por consequência, colocaria em risco os bens jurídicos protegidos pela atividade, mas também com a finalidade de proporcionar que todos os práticos lotados numa determinada ZP tivessem oportunidade de realizar um número igual, ou pelo menos similar, de manobras ao longo de um período de tempo, a fim de garantir o exercício constante da atividade e a consequente manutenção de suas habilidades.

Em 1º de novembro de 1988 foi promulgado o Decreto n. 97.026, último regulamento anterior à fase contemporânea, na qual o serviço de praticagem é Regulamentado pela Lei 9.537 de 11 de dezembro de 1997. O Decreto supracitado trazia apenas algumas modificações pontuais acerca do previamente disposto no Decreto n. 93.475, sem grande relevância para este trabalho.

Em resumo, os diversos diplomas legais destinados a regulamentar os serviços de Praticagem ao longo de mais de duzentos anos de história, revelam importantíssimos fatores a respeito do objeto deste estudo. O mais importante destes fatores talvez seja a manutenção de um status *sui generis* quanto à forma como são organizados os serviços de praticagem, evidenciado pela peculiar manutenção de particulares, trabalhando em regime privado porém sob um estrito controle governamental, principalmente no que diz respeito à organização técnica das atividades.

Nos tópicos seguintes, efetuar-se-á a análise dos principais dispositivos regulamentadores da praticagem contemporânea, a fim de tentar captar as nuances

53 CONAPRA. **De 1808 a 2008: 200 Anos de Praticagem Regulamentada no Brasil.** Op. Cit... p. 91.

mais relevantes para concretizar a tarefa de melhor enquadrá-lo teoricamente perante o ordenamento jurídico brasileiro.

3. Análise da regulamentação contemporânea dos serviços de praticagem

A Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário, como já foi dito, é o sustentáculo normativo infraconstitucional sobre o qual se assenta toda a regulamentação a respeito do serviço de praticagem. Sua análise atenta é, por consequência, imprescindível para a compreensão do posicionamento do serviço de praticagem perante o ordenamento jurídico brasileiro, mais especificamente no que diz respeito ao Direito Administrativo.

O capítulo III da Lei supracitada destina quatro artigos à regulamentação do serviço de praticagem. O primeiro destes artigos, o de número 12, já foi estudado anteriormente no item 1, quando do estudo das noções iniciais sobre o serviço de praticagem.

O art. 13 dispõe que: “O serviço de praticagem será executado por práticos devidamente habilitados, individualmente, organizados em associações ou contratados por empresas”. Desta forma, a lei faculta diversas possibilidades de atuação profissional aos habilitados.

A primeira destas possibilidades é o exercício individual, e o prático que assim optar por atuar, o fará como pessoa física, prestador de serviço autônomo, ou como empresário individual. No caso da organização em associações, poderão optar por organizarem-se em sociedades simples, constituídas em consonância com os ditames do Código Civil, arts. 1.010 a 1.038, submetendo-se, supletivamente às normas específicas do serviço de praticagem, ou em sociedades empresárias que se constituem segundo um dos tipos societários regulados no Código Civil, tendo seus atos constitutivos inscritos na junta comercial. Por fim, a opção empregatícia consigna a atuação do prático como empregado contratado por empresa de praticagem consoante a legislação trabalhista.⁵⁴

Na prática, a atuação individual é praticamente inviabilizada, tendo em vista os altíssimos custos operacionais envolvidos na prestação dos serviços. Da mesma forma, a possibilidade de contratação por empresas de praticagem, em regime trabalhista, também não popularizou-se, tendo em vista o fato de que

54 MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. Op. Cit., p. 558.

consuetudinariamente, os Praticantes de Prático que logram êxito em seu período de treinamento, e portanto recebem a habilitação de Prático para uma ZP específica, são convidados a se associar à associação em que executaram seu “estágio de qualificação”. Sendo assim, a organização em associações é a regra,⁵⁵ salvo raríssimas e irrelevantes exceções, e portanto, é esta a modalidade de organização que deve servir de paradigma analítico para qualquer análise referente ao enquadramento do serviço de praticagem no ordenamento jurídico pátrio. Conforme dito anteriormente, a locução “organizados em associações”, empregada no diploma legal permite, que estes profissionais escolham livremente dentre as muitas opções permitidas pela lei para se organizarem, ou seja, corporações, cooperativas de trabalho, sindicatos, associações, sociedades, apenas para citar algumas das possibilidades.⁵⁶

O parágrafo primeiro do artigo 13 delega à Autoridade Marítima o estabelecimento de requisitos para a habilitação dos Práticos, determina que esta habilitação será concedida especificamente para cada zona de praticagem e impõe, como requisito incontornável, a aprovação em exame e consequente realização de estágio de qualificação na ZP para qual o candidato foi escolhido, de acordo com a sua opção no momento da inscrição no processo seletivo e a sua colocação final.⁵⁷

O parágrafo segundo, ainda do artigo 13, estabelece que: “A manutenção da habilitação do prático depende do cumprimento de frequência mínima de manobras estabelecida pela autoridade marítima”. Esta disposição denota a evidente preocupação do legislador com a manutenção do atributo que dá nome à profissão, qual seja, a “prática”,⁵⁸ que advém do contato constante com as condições

55 CONSTITUIÇÃO – Art. 8º “é livre a associação profissional e sindical” item V “ninguém será obrigado a filiar-se ou manter-se filiado a sindicato”.

56 DUARTE NETO, Pedro. **Comentários à Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário**. *Op. Cit.* p. 55.

57 Pedro Duarte Neto ressalta que: “Obviamente, o serviço de praticagem deve ser prestado por pessoal psicofisicamente apto, profissionalmente habilitado e tecnicamente qualificado, de acordo com as normas estabelecidas pela autoridade marítima, já que o exercício da profissão de prático está **intimamente ligado à segurança do tráfego aquaviário**” (grifou-se). DUARTE NETO, Pedro. **Comentários à Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário**. *Op. Cit.* p. 56.

58 Evidentemente, a necessidade de manutenção da qualificação profissional possui estreita relação com o cumprimento dos objetivos aos quais o serviço de praticagem se presta, conforme assevera Pedro Duarte Neto: “Prático, como indica o próprio nome, é o indivíduo que tem prática em navegar em águas restritas localizadas próximas dos portos ou áreas de fundeio de embarcações. Ora, se o prático deixa de praticar por certo tempo, perde a prática e fica desqualificado para os serviços de praticagem, necessitando, novamente, qualificar-se para tal, sob pena de desvirtuar os propósitos precípuos serviços de praticagem, que é o de dar segurança ao tráfego aquaviário, salvaguardar as vidas e fazendas de bordo e prevenir a poluição hídrica”. DUARTE NETO, Pedro. **Comentários à Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário**. *Op. Cit.* p. 58.

ambientais da Zona de Praticagem e com os diversos tipos de embarcações e tripulações sob seus cuidados.⁵⁹ O descumprimento deste **dever** de manutenção da qualificação profissional, garantida através do cumprimento do número mínimo de manobras, estabelecido pela autoridade marítima para cada uma das zonas de praticagem, acarreta, em última instância, a punição administrativa máxima, traduzida na perda da habilitação do prático.

No que diz respeito aos parágrafos terceiro e quarto do artigo 13, estes apresentam relativamente menor relevância para os objetivos a que se presta esta monografia. Apenas quanto ao parágrafo quarto, que cria a possibilidade de a autoridade marítima habilitar Comandantes de navios de bandeira brasileira a: “conduzir embarcação sob seu comando no interior de zona de praticagem específica ou em parte dela, os quais serão considerados como práticos nesta situação exclusiva”, é importante frisar que, até o ano de 2015, não houve qualquer movimento no sentido de regulamentar esta disposição, tornando-a inócua.

O parágrafo 14 traz informações relevantíssimas, que serão imprescindíveis quando do cotejo entre os dispositivos legais ora estudados e as disposições dos principais doutrinadores administrativistas, a fim de tentar delimitar o correto posicionamento dos serviços no ordenamento jurídico pátrio. Tal artigo determina que: “O serviço de praticagem, considerado **atividade essencial** deve estar permanentemente disponível nas zonas de praticagem estabelecidas”. O artigo considera os serviços de praticagem como atividade essencial,⁶⁰ tendo em vista o fato de dizer respeito à segurança da navegação, à salvaguarda da vida humana nas águas e à prevenção da poluição hídrica, conforme já foi explicitado anteriormente e, além disso, à defesa nacional, já que os práticos são mobilizáveis em caso de guerra, devido ao seu conhecimento específico de áreas sensíveis.⁶¹

Além disso, o artigo supracitado evidencia a necessidade de disponibilidade ininterrupta, o que evidentemente deve ser levado em consideração pela autoridade marítima ao determinar o número de “vagas” para Práticos e Praticantes de Práticos disponível em cada ZP, a fim de que seja possível prestar pronto atendimento a

59 DUARTE NETO, Pedro. **Comentários à Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário**. *Op. Cit.* p. 58

60 Interessante notar que, apesar de a determinação explícita da Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário quanto à essencialidade dos serviços de praticagem, os mesmos não foram acrescidos ao rol de atividades e serviços essenciais previstos na Lei nº 7.783/89, reguladora do direito de greve.

61 DUARTE NETO, Pedro. **Comentários à Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário**. *Op. Cit.* p. 59.

todas as embarcações que necessitem dos serviços e simultaneamente garantir que os Práticos envolvidos possam trabalhar durante turnos razoáveis de trabalho, garantindo intervalos para descanso capazes de permitir que exercitem suas atividades de forma otimizada, minimizando os riscos para a navegação.

Até este ponto, é possível perceber a existência de duas ordens de fatores que devem ser levadas em consideração quando do planejamento dos serviços de praticagem pela autoridade responsável. Em primeiro lugar, a evidente necessidade de eficiência e eficácia na prestação dos serviços, que são garantidas primordialmente através do rigoroso controle quantitativo das manobras desenvolvidas pelos práticos, aliado à elaboração de escalas de trabalho que garantam intervalos para descanso, que permitam aos profissionais o devido descanso, indispensável à necessidade de atenção demandada pelas atividades. Em segundo lugar, é necessário elencar a expressa necessidade de disponibilidade permanente dos serviços. É justamente a conjunção entre estas duas ordens de fatores que motiva a redação do inciso I do parágrafo único do artigo 14 da Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário, que determina que a autoridade marítima poderá estabelecer o número de práticos necessários para cada zona de praticagem, a fim de oferecer a melhor solução para esta complexa equação.⁶²

Além do disposto anteriormente, os incisos II e III do parágrafo único supracitado, determinam respectivamente a possibilidade de a autoridade marítima fixar os preços do serviço em cada zona e praticagem e de requisitar os serviços dos práticos. A fixação de preços para o serviço é tema extremamente polêmico, no qual nos aprofundaremos no capítulo 3 desta monografia. Quanto à possibilidade de requisição dos serviços dos Práticos por parte da autoridade marítima, o que ocorre é que, em alguns casos a marinha se vê compelida a convocar os práticos a auxiliá-la, mesmo sendo dotada de corpo profissional amplamente qualificado, quando da realização de atividades que envolvam embarcações dotadas de peculiaridades que

62 Aparentemente, a utilização do vocábulo “poderá” não condiz com a justificadamente inevitável necessidade de rigoroso controle quantitativo de profissionais envolvidos com o desempenho das atividades, tendo em vista que a disponibilidade de vagas além do necessário levaria à impossibilidade de atendimento à necessidade de permanência na prestação dos serviços, além de uma redução qualitativa, quanto a abertura de vagas além do ideal, que evidentemente dificultaria a possibilidade de realização do mínimo de manobras necessárias para a manutenção da habilitação e provocaria um aviltamento decorrente da banalização da qualificação necessária para o exercício da atividade. Levando estes fatores em consideração, é inevitável interpretar que a delegação à autoridade marítima de “possibilidade” de estabelecer o número de práticos necessário para cada zona de praticagem é, na verdade, uma obrigação, cuja omissão por parte do delegatário certamente levaria à desestabilização do setor e ao consequente surgimento de riscos inaceitáveis para a segurança do tráfego aquaviário.

fujam à sua rotina, ou mesmo para colaborar em serviços de mapeamento, tendo em vista o vasto conhecimento das peculiaridades locais pelos profissionais da prática.

Por fim, o artigo 15 da lei ora estudada diz respeito a outro aspecto cuja análise colabora para a determinação da natureza jurídica do serviço de prática. Trata-se da impossibilidade de recusa da prestação dos serviços, que evidentemente está atrelada à essencialidade, citada anteriormente. Este artigo, que retira da categoria profissional a possibilidade de recusa em relação à prestação dos serviços, traz à balha mais um parâmetro cuja análise é imprescindível a fim de posicionar corretamente o objeto de estudo aos ditames do direito administrativo. A justificativa para esta proibição de recusa de prestação de serviço encontra-se evidentemente lastreada na justificativa de que a manutenção da segurança aquaviária, que norteia toda a lógica regulamentar do setor, deve prevalecer sobre a liberdade da categoria em recusar-se a atender determinados clientes.

O Decreto número 2.596, de 18 de maio de 1988, que regulamenta a Lei de Segurança do Tráfego aquaviário dedica apenas um artigo ao serviço de prática (com redação dada pelo Decreto número 7.860 de 2012), estabelecendo apenas, que o serviço de prática é constituído de prático, lancha de prático e atalaia. Como estes componentes já foram devidamente analisados em tópicos anteriores, não há necessidade de comentários complementares a respeito do artigo supracitado.

A NORMAM-12 da Diretoria de Portos e Costas (DPC) da Marinha do Brasil é o instrumento normativo que, de fato, regulamenta os dispositivos referentes ao serviço de prática contidos na Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário, previamente estudada. Esta norma apresenta um nível de detalhamento técnico que evidentemente extrapola o escopo deste trabalho porém, contém também informações importantes sobre a organização dos serviços, cujo conhecimento é imprescindível para os fins a que se destina este trabalho.

Em seu item 0201, subitem “a”, a NORMAM-12 regulamenta os preceitos básicos referentes ao processo seletivo à categoria de praticante de prático. Em primeiro lugar, determina que o preenchimento de vaga em ZP dar-se-á: “inicial e exclusivamente, por meio de Processo Seletivo à categoria de Praticante de Prático, o qual será regido pelas presentes normas e detalhado por Edital específico a ser publicado no Diário Oficial da União (DOU)”. Ou seja, não há outra forma de acesso

à categoria senão por meio do **processo seletivo**, deflagrado no momento em que a Autoridade Marítima entender oportuno, levando em consideração o número de vagas disponíveis em cada uma das ZPs que compõem o sistema nacional.

Na sequência, em seu subitem “c”, esclarece: “que o Praticante de Prático e o Prático **não** são militares ou servidores/empregados públicos, assim como não exercem função pública. O processo seletivo, portanto, não se destina ao provimento de cargo ou emprego público, não sendo concurso público de que trata o Art. 37, II, da Constituição Federal”. Tal explicação, de certa forma inusitada, aparentemente se presta a dirimir quaisquer dúvidas que possam existir quanto à caracterização do Prático como trabalhador (*lato sensu*) sem nenhuma relação de vínculo estatutário, empregatício ou trabalhista com o poder público. A inserção deste dispositivo, aparentemente supérfluo, de vela, em sua essência, a ciência e reconhecimento, por parte das autoridades responsáveis, da existência de uma série de fatores formais e materiais que geram confusão quanto à caracterização do serviço de praticagem como “serviço público”, e a consequente tendência interpretativa de caracterização de seus prestadores como servidores, ou pelo menos, agentes públicos.⁶³

Um segundo ponto digno de nota, trazido pela NORMAM-12, diz respeito à organização dos serviços. Em seu item 0225, a norma determina que os práticos poderão atuar dos seguintes modos: “1) Individualmente – O Prático que assim optar deverá cumprir todas as exigências previstas para o serviço de praticagem. 2) Sociedade Econômica Simples ou Empresária – Nesta forma de atuação os práticos atuarão em sociedade, prestando exclusivamente os Serviços de Praticagem, configurando-se como sociedade simples, sendo o contrato social inscrito no Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Poderão ainda atuar como sociedade empresária, constituindo-se segundo um dos tipos societários regulados no código civil, tendo seus atos constitutivos inscritos na junta comercial. 3) contratado por empresa de praticagem – O prático poderá ser contratado por sociedade econômica simples ou empresária, consoante a legislação trabalhista”.⁶⁴

63 É bastante comum a errônea identificação por parte da mídia - principalmente em matérias sobre a abertura de novos processos seletivos ou sobre as recentes polêmicas sobre as tentativas de regulamentação de preços para o setor – do serviço de praticagem como “público”, dos práticos como “servidores públicos” e, por consequência, do processo seletivo como “concurso público”. Vale ressaltar que esta confusão existe até mesmo entre muitos dos candidatos às vagas (notadamente os iniciantes), que pensam concorrer a um “cargo público”.

64 Vale ressaltar, conforme já foi dito anteriormente, que apesar das possibilidades elencadas pela NORMAM-12, a tendência quase unânime pela opção como sociedades simples e, em poucos

Ainda no que tange à execução dos serviços, o item 0226 estabelece a obrigatoriedade de obediência a uma escala de rodízio única a ser estabelecida pela Autoridade Marítima, especificamente para cada ZP, e esclarece que: “Essa escala visa garantir a disponibilidade ininterrupta do Serviço de Praticagem e evitar a fadiga do Prático na execução das fainas de praticagem. Adicionalmente, contribui para a manutenção da habilitação do prático”. De acordo com a justificativa acima, transcrita no corpo da própria norma, não seria possível garantir satisfatoriamente a continuidade dos serviços, a necessidade de intervalos de descanso por parte dos profissionais e a garantia de que terão a oportunidade de realizar o número mínimo de manobras necessário para garantir a manutenção de suas habilitações, senão através de uma escala que distribua de forma igualitária os períodos em que cada um dos práticos habilitados para uma determinada ZP atuarão.

Ocorre que, ao estabelecer esta rígida escala de trabalho, a norma acaba por criar situação que, de certa forma, desvirtua os princípios da livre iniciativa, que aparentemente deveriam nortear a atividade, uma vez que inviabiliza o funcionamento do mercado através de livre balanceamento entre oferta e procura,⁶⁵ tendo em vista o fato de a oferta ser fixada por lei, sem margem de escolha por parte do tomador dos serviços, uma vez que, em obediência à escala, não há como contratar os serviços de outro profissional que não seja o que está objetivamente delegado pela escala. Tal situação gera uma inevitável e até certo ponto, involuntária cartelização por parte dos prestadores do serviço, devido à anulação do princípio econômico básico da oferta e da procura, conforme proposto acima, pois, tendo em vista o fato de a oferta ser “fixada por lei”, não há por quê buscar diferenciação através de qualidade ou preço dos serviços ofertados.⁶⁶

casos, como sociedade empresária, sendo raríssimos os exemplos de práticos trabalhando individualmente ou contratados por empresas de praticagem. O que demonstra uma predileção pela categoria em adotar formas de organização similares às presentes nos primórdios da regulamentação dos serviços no ordenamento jurídico pátrio, conforme visto no capítulo referente à evolução normativa do setor.

65 DIAZ, Maria Dolores Montoya. **Introdução à Economia**. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 85-142.

66 Quanto à qualidade dos serviços, Pedro Duarte Neto assevera que: “a parte técnica jamais foi objeto de questionamento por parte dos tomadores de serviços e usuários dos serviços de praticagem, muito pelo contrário, os práticos formados pela Marinha do Brasil desfrutam de invejável prestígio profissional, sendo a maioria deles egressos de escolas de formação de oficiais, tanto da Marinha de Guerra quanto Mercante”. DUARTE NETO, Pedro. **Comentários à Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário**. Op. Cit. p. 56-57. A isto, tomamos a liberdade de acrescentar que, quando não são egressos das escolas de formação de oficiais, conforme proposto pelo autor supracitado, a grande maioria dos demais ocupantes das vagas são servidores ou ex-servidores públicos, egressos, em grande parte, de carreiras de estado, atraídos pela possibilidade de auferirem lucros financeiros muitíssimo mais atraentes do que em

Ao enumerar os deveres dos práticos, em sua seção IV, a NORMAM-12 as subdivide em vinte e dois itens, cuja análise, em sua grande maioria torna-se desnecessária, levando-se em consideração o exposto ao longo dos primeiros capítulos desta obra. Entretanto, o item “m” merece especial atenção por determinar que compete ao Prático, no desempenho das suas funções: “Executar as atividades do Serviço de Praticagem, mesmo quando em divergência com a empresa de navegação ou seu representante legal, devendo os questionamentos serem debatidos nos foros competentes, sem qualquer prejuízo para a continuidade do Serviço. Divergências relativas a assuntos técnico-operacionais referentes à segurança do tráfego aquaviário, à salvaguarda da vida humana nas águas e à prevenção da poluição hídrica serão dirimidas pela Autoridade Marítima”. A redação do item peca por, na busca por uma excessiva objetividade redacional, passar a falsa impressão de impotência do práctico no que diz respeito ao juízo quanto à avaliação técnico-profissional a respeito da possibilidade ou não da condução dos serviços.

A interpretação mais acertada, baseada na forma como os procedimentos são realizados atualmente, parece ser a de que o termo “divergência” utilizada no início da redação do item, diz respeito preponderantemente aos aspectos contratuais do negócio jurídico celebrado entre o Prático e a empresa de navegação ou seu representante legal. Sendo assim, mesmo que as partes não entrem em consenso quanto aos valores cobrados pelo serviço, à forma e prazo para pagamento ou outras questões meramente contratuais, é inquestionável o dever de manter a continuidade na prestação do serviço, devendo os questionamentos ser debatidos *posteriormente* no foro competente. Entretanto, quando as divergências forem relativas a assuntos técnico-operacionais, julgados pelo Prático como ameaças concretas à segurança do tráfego aquaviário, à salvaguarda da vida humana nas

seus cargos públicos. Tais fatos, que denotam a presumivelmente alta qualificação dos que acabam por obter as concorridíssimas habilitações para o exercício da praticagem, aliado ao baixíssimo índice de incidentes em áreas portuárias nacionais, mesmo quando comparado com nações dotadas de melhor estrutura portuária, parece demonstrar que, ao menos no que diz respeito à qualidade técnica, não há prejuízos causados pelo regime jurídico adotado. No que diz respeito aos preços cobrados pelas associações de praticagem, ao contrário do que ocorre com relação à qualidade técnica dos serviços, parece haver grande insatisfação por parte dos usuários, tendo em vista a manutenção de preços considerados elevados, possivelmente estimulada pela impossibilidade da adoção de um verdadeiro regime concorrencial para o setor. No capítulo três desta obra serão expostos os argumentos de ambas as partes (Práticos e tomadores dos serviços), tendentes a justificar a manutenção dos preços considerados exorbitantes, por parte dos primeiros, ou favoráveis a uma drástica redução dos valores, no caso dos segundos.

águas e à prevenção da poluição hídrica, com base em seus presumivelmente vastos conhecimentos técnicos a respeito das condições de navegabilidade local e de navegação de precisão em áreas restritas, a Autoridade Marítima deve ser acionada *imediatamente*, ao contrário da situação anterior.

Por outro lado, em seu item 0231 a norma estabelece que: “O Prático deverá comunicar, imediatamente, à CP/DL/AG qualquer fato ou ocorrência que implique em risco à segurança do tráfego aquaviário, à salvaguarda da vida humana, à preservação do meio ambiente ou à faina de praticagem na ZP, tais como: a) Condições meteorológicas e estado do mar adversos; b) Acidentes ou fatos da navegação; ou c) Deficiências técnicas do navio ou da tripulação. Essas informações subsidiarão o CP/DL/AG a declarar a impraticabilidade na ZP, autorizar que o Serviço de Praticagem deixe de ser prestado, ou impedir a entrada e saída de embarcações”. Especificamente no que diz respeito ao item “c” anterior, a norma estabelece espécie de competência fiscalizatória por parte do prático quanto às condições técnicas, tanto da embarcação em que está trabalhando, quanto da tripulação envolvida, o que, na prática, traduz-se no poder-dever de sobrepor-se transitoriamente à autoridade do Comandante do navio, no que diz respeito especificamente à possibilidade de determinar a paralisação das máquinas ou fundeio da embarcação,⁶⁷ contanto que para isso não provoque risco ou ao menos provoque risco menor do que o que julgar suscetível de ocorrer caso permitisse o avanço da embarcação na manobra.⁶⁸

Ainda no que diz respeito à NORMAM-12, um último aspecto digno de

67 Optou-se por utilizar o termo “fundear” para garantir a manutenção do rigor técnico exigido pelo trabalho. Trata-se de termo conhecido por qualquer navegante, amador ou profissional, com o mínimo de experiência e significa simplesmente “ancorar” ou “lançar âncora” com o intuito de parar, ou, pelo menos, frear a embarcação.

68 Apesar de não haver nenhuma regulamentação complementar para o dispositivo analisado, na prática, os Práticos são orientados pela Autoridade Marítima a, com base em seu juízo quanto ao risco técnico que a embarcação ou a tripulação possam oferecer aos bens jurídicos tutelados pelo serviço, impedir o avanço da embarcação, e acioná-la imediatamente, para que formule juízo quanto à pertinência ou não das questões levantadas pelo prático e proferir decisão quanto ao destino da embarcação. Vale ressaltar que a hipótese não se trata de uma permissão para que o prático se sobreponha à autoridade do Comandante da embarcação, que em momento algum perde o controle hierárquico da tribulação, ou técnico da embarcação. Trata-se, na verdade de espécie de subdelegação tácita, parcial e transitória, do poder de polícia da Autoridade Marítima para os práticos, no sentido de que estes, devido ao seu contato íntimo com as embarcações e sua tripulação, possuem a capacidade de alertá-la de aspectos relevantes para o exercício efetivo de seu real poder de polícia. Neste sentido, o papel dos práticos pode ser interpretado como o de meros auxiliares da Autoridade Marítima no exercício de uma de suas funções, ressaltando o fato de que esta não é a única hipótese de colaboração com a Autoridade Marítima, que também utiliza-se da colaboração dos práticos para a elaboração e atualização de levantamentos cartográficos, por exemplo.

interesse para a análise a que esta monografia se destina é o item 0235, que trata da recusa do prático à prestação dos serviços quando em período de escala. O dispositivo supracitado determina a instauração de Inquérito Administrativo, nos termos do disposto na Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário, a fim de apurar responsabilidades e fundamentar as penalidades cabíveis, se for o caso. Este rigor com que a norma trata a recusa imotivada do prático, inclusive determinando a instauração de inquérito administrativo e possível determinação de penalidades demonstra a proximidade da categoria com a área da administração pública a qual está “subordinada”.

Ademais, o extenso dispositivo legal ora analisado traz diversos outros itens regulamentares para o serviço de praticagem, estendendo-se até o número 0502. Entretanto, todos estes dispositivos tratam de estabelecer parâmetros técnicos a serem seguidos para a organização dos serviços, o que foge ao escopo deste trabalho. Além disso, há 18 anexos, todos versando também sobre aspectos eminentemente técnicos e portanto, também irrelevantes para este trabalho.

Por fim, o diploma legal mais recente em vigor a tratar sobre a organização dos serviços de praticagem no Brasil é o Decreto nº 7.860, de 06 de dezembro de 2012, por meio do qual foi instituída a Comissão Nacional para Assuntos de Praticagem (CNAP), com o objetivo de elaborar propostas sobre regulação de preços, abrangência das Zonas de Praticagem (ZP) e medidas de aperfeiçoamento relativas a este serviço. Integram a comissão, representantes do Ministério da Defesa (representado pela Autoridade Marítima, que a preside), Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP-PR), Ministério da Fazenda, Ministério dos Transportes e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ).

Entre as principais ações adotadas pelo CNAP está a divulgação, no dia 25 de setembro de 2013, da metodologia de regulação dos preços de praticagem (Resolução nº 3 publicada no Diário Oficial da União), ainda sem aplicabilidade prática até a elaboração desta obra, tendo em vista o fato de que muitas das associações de práticos afetadas obtiveram autorização judicial liminar para eximirem-se de sua aplicação.

Diante de todos os fatores expostos até então, é possível perceber, ainda que preliminarmente, o fato de que a tarefa de enquadrar o serviço de praticagem, cuja organização é marcada por uma série de peculiaridades, perante o ordenamento jurídico brasileiro não é uma tarefa confortável. Pelo contrário, demanda um

profundo conhecimento a respeito dos conceitos jurídicos de “serviço público”, “essencialidade”, “delegação”, “monopólio”, entre outros, além de uma razoável capacidade analítica por parte do intérprete, a fim de acoplar o objeto de estudo à estrutura formada por estes conceitos supracitados, com o objetivo de enquadrá-lo com razoável aceitabilidade perante a matriz oferecida pelo ordenamento jurídico pátrio.

4. A experiência internacional: Análise da regulamentação dos serviços de praticagem em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros

Na dimensão internacional, a International Maritime Organization (IMO), agência especializada das Nações Unidas que atua como autoridade regulamentadora de padrões globais para a segurança dos transportes navais,⁶⁹ reconheceu formalmente, em 1968, a importância do serviço de pilotagem ou praticagem na *Assembly Resolution A. 159 (ES.IV)*, ao adotar a primeira *recommendation on pilotage*, que posteriormente foi sucedida pela Convenção SOLAS e por outras relevantes resoluções da IMO que versam, essencialmente sobre segurança, certificação, habilitação e questões específicas da atividade do prático em determinadas áreas.⁷⁰

Além das convenções supracitadas, a IMO proferiu diversas outras resoluções sobre a atividade de praticagem, porém com alcance restrito a determinadas áreas, ou recomendações referentes a aspectos técnicos dos serviços, como por exemplo as referentes aos modelos de escadas a serem disponibilizadas pelas embarcações para acesso dos práticos ou a procedimentos de treinamento dos profissionais envolvidos.⁷¹

69 As a specialized agency of the United Nations, IMO is the global standard-setting authority for the safety, security and environmental performance of international shipping. Its main role is to create a regulatory framework for the shipping industry that is fair and effective, universally adopted and universally implemented. In other words, its role is to create a level playing-field so that ship operators cannot address their financial issues by simply cutting corners and compromising on safety, security and environmental performance. This approach also encourages innovation and efficiency. Shipping is a truly international industry, and it can only operate effectively if the regulations and standards are themselves agreed, adopted and implemented on an international basis. And IMO is the forum at which this process takes place. Introduction to IMO. Disponível em: <<http://www.imo.org/About/Pages/Default.aspx>>. Acesso em 15 de março de 2015.

70 Martins, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. *Op Cit.* p. 534.

71 Resolution A.480(IX) (adopted in 1975) recommends the use of qualified deep-sea pilots in the Baltic ; Resolution A.620(15) (adopted 1987) recommends that ships with a draught of 13 metres or more should use the pilotage services established by Coastal States in the entrances to the Baltic Sea; A.486(XII) (adopted 1981) recommends the use of deep-sea pilots in the North Sea,

Em que pese a relevância das resoluções da IMO na esfera internacional, inexistente qualquer tratado ou convenção internacional que regularmente e uniformize os preceitos referentes ao serviço de praticagem. Esta ausência de um paradigma global resulta em uma inevitável diversidade regulatória, atenuada em certa medida, pelo fato de as atividades de transporte marítimo serem fortemente influenciadas por padrões de usos e costumes consuetudinários.⁷²

De modo geral, os sistemas regulatórios utilizados pela maioria das nações dividem-se em corporativo, estatal e portuário. Enquanto os regimes jurídicos que adotam os sistemas corporativos de praticagem mantêm sistemas indiretos de gestão e reconhecem as corporações dos práticos como entidades de direito privado atuando sob um monopólio legal da exclusiva prestação dos serviços, os sistemas estatais e portuários designam sistemas diretos de gestão.⁷³

No caso brasileiro, face ao analisado nos capítulos anteriores, fica evidente a opção pelo modelo corporativo, onde as atividades de praticagem são reguladas por um sistema híbrido de direito público e privado. Cabe analisar a forma como o serviço se organiza em outras nações a fim de compreender as diversas possibilidades regulatórias para o setor, bem como a posição que os serviços de praticagem ocupam perante seus ordenamentos jurídicos. A fim de ilustrar as diversas possibilidades de organização dos serviços de praticagem no âmbito internacional, optamos por analisar, ainda que superficialmente os casos da Alemanha, Argentina, Austrália, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Espanha Estados Unidos da América, Finlândia, França, Holanda, Portugal, Reino Unido e Suécia.⁷⁴

English Channel and Skagerrak; A.579(14) (adopted 1985) recommends that certain oil tankers, all chemical carriers and gas carriers and ships carrying radioactive material using the Sound (which separates Sweden and Denmark) should use pilotage services; A.668(16) (adopted 1989) recommends the use of pilotage services in the Euro-Channel and IJ-Channel (in the Netherlands); A.710(17) (adopted 1991) recommends ships of over 70 metres in length and all loaded oil tankers, chemical tankers or liquefied gas carriers, irrespective of size, in the area of the Torres Strait and Great North East Channel, off Australia, to use pilotage services; A.827(19) (adopted 1995) on Ships' Routeing includes in Annex 2 Rules and Recommendations on Navigation through the Strait of Istanbul, the Strait of Canakkale and the Marmara Sea the recommendation that "Masters of vessels passing through the Straits are strongly recommended to avail themselves of the services of a qualified pilot in order to comply with the requirements of safe navigation."; A.1045(27) on Pilot Transfer Arrangements gives recommendations on the construction of pilot ladders; A.960 gives recommendations on training and certification and operational procedures for Maritime Pilots other than Deep Sea pilots. IMO Resolutions encouraging the use of pilots on board ships in certain areas. Disponível em: <http://www.impahq.org/about_impahq.php>. Acesso em 17 de março de 2015.

72 Martins, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. Op Cit... p. 536.

73 Martins, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. Op Cit... p. 537.

74 As informações sobre os serviços de praticagem nos países selecionados tratam-se de transcrições de trechos do documento: **Análise da Competitividade Internacionais dos Valores Cobrados pelos Serviços de Praticagem no Porto de Santos**. FGV, Rio de Janeiro,

Na Alemanha, o serviço de praticagem é prestado por práticos autônomos, divididos em vários distritos e organizados através de associações (Lotsenbrüderschaft). Cada uma delas elege um diretor que os representa em um conselho federal, a Câmara Federal dos Práticos (Bundeslotsenkammer), e estes elegem um presidente para a Câmara. Todos os portos, com exceção de Hamburgo e Bremerhaven, utilizam dos serviços dos práticos distritais. Os portos de Hamburgo e Bremerhaven possuem seus próprios serviços de praticagem local. Os práticos distritais obtêm licenças através do Governo Federal Alemão. Além disto, as autoridades portuárias podem emitir licenças para práticos, com trabalho limitado ao porto em questão. Todos os práticos licenciados são automaticamente membros da associação com todos os seus direitos e obrigações. As estações e lanchas de praticagem são de propriedade do Estado, com exceção da área de Wismar, Rostock e Stralsund, onde as lanchas de praticagem são de propriedade de uma empresa privada. A precificação é estabelecida pelo Ministério dos Transportes, após audiência com membros dos cinco estados costeiros alemães e dos práticos. A gestão e manutenção dos serviços são de responsabilidade dos práticos, que tem um orçamento anual aprovado pelo governo, onde as despesas são cobertas pelas taxas de praticagem recolhidas pelo governo. Em 2007, havia 865 práticos trabalhando em sete estações de praticagem no país, executando 199.290 manobras anuais. Adicionalmente, havia 20 deep sea pilots operando em duas associações.⁷⁵

A praticagem na Argentina, desde 1991, quando o decreto presidencial 2694 foi publicado, possui um sistema aberto à competição. Neste sistema, práticos devidamente habilitados pela autoridade competente podem trabalhar de forma independente, em associações independentes ou em empresas privadas. A regulação e fiscalização dos serviços de praticagem são de responsabilidade do Governo Federal, dividindo as responsabilidades entre dois órgãos. El Ministério de Economía y Obras y Servicios Públicos através do órgão Dirección Nacional de

2009. Disponível em: <<http://www.sppilots.com.br/arquivos/r13.pdf>>. Acesso em 20 de março de 2015. Complementadas por consultas às entidades responsáveis pela organização da praticagem em cada uma das nações selecionadas, conforme disposto nas notas de rodapé específicas.

75 Fundação Getúlio Vargas. **Análise da Competitividade Internacionais dos Valores Cobrados pelos Serviços de Praticagem no Porto de Santos**. FGV, Rio de Janeiro, 2009. p. 50. Disponível em: <<http://www.sppilots.com.br/arquivos/r13.pdf>>. Acesso em 20 de março de 2015. Para informações complementares: Câmara Federal dos Práticos Alemã. Disponível em: <<http://www.bundeslotsenkammer.de/bundeslotsenkammer/index.html>>. Aceso em 22 de março de 2015.

Transporte Fuvial e Marítimo determina a precificação máxima da praticagem. Já a fiscalização é responsabilidade da Prefectura Naval Argentina, a Autoridade Marítima competente.⁷⁶ Vale ressaltar que, inobstante as características supracitadas, que aproximam o modelo argentino da livre iniciativa, o Art. 2º do Reglamento de los Servicios de Praticaje y Pilotaje para los Rios, Puertos, Pasos y Canales de la República Argentina determina que (*in verbis*): “El praticaje y pilotaje constituyen un servicio público, de interés para la seguridad de la navegación”.⁷⁷

A Austrália possui, atualmente, dois diferentes tipos de praticagem: a praticagem portuária, que compreende o acesso ao porto, e a praticagem de cabotagem, que abrange a navegação em áreas junto à costa, consideradas especialmente delicadas ou perigosas, como no caso da região da Grande Barreira de Corais e Estreito de Torres. A regulação e fiscalização são diferentes para cada um dos tipos de praticagem. Como a Austrália é um *Commonwealth*, onde os estados e territórios têm liberdade de legislação sobre assuntos como a administração portuária, estes são responsáveis pela regulação e fiscalização da praticagem nos portos. Já na praticagem para auxílio navegação de cabotagem, a responsabilidade é do governo federal, na Figura da Australian Maritime Safety Authority (AMSA). No âmbito da praticagem nos portos, devido à liberdade de regulação pelos estados e territórios, a Austrália apresenta diferentes formas de organização da praticagem. Nos portos do estado de Victoria (Melbourne, Port Philip, Geelong, Hastings e Portland) a praticagem é fornecida por uma empresa privada chamada Port Phillip Sea Pilots Pty Ltd. A regulação é desempenhada pela Marine Safety Victoria (MSV), órgão pertencente ao Estado. Já nos portos do estado de Queensland, a praticagem é provida por práticos diretamente contratados pela autoridade regulatória do estado, a Maritime Safety Agency of Queensland (MSQ). A exceção ocorre no porto de Brisbane, onde a praticagem é responsabilidade da Brisbane Marine Pilots Pty Ltd, uma empresa privada de propriedade dos práticos. No estado de New South Wales, o Ports and Maritime Administration Act de 1995 afirma que a operação dos portos, incluindo a gestão da segurança portuária, é de responsabilidade de cada Autoridade Portuária. Atualmente existem três autoridades portuárias: Sydney, Port Kembla e Newcastle. Nos portos de Sydney e Botany Bay,

76 Fundação Getúlio Vargas. **Análise da Competitividade Internacionais dos Valores Cobrados pelos Serviços de Praticagem no Porto de Santos.** Op. Cit. p. 50-51. Para informações complementares: Camara de Actividades de Praticaje y Pilotage. Disponível em: <<http://www.camaradepracticaje.com.ar/afin.htm>>. Acesso em 22 de março de 2015.

77 Martins, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo.** Op Cit... p. 539.

a praticagem é feita por uma subsidiária da Autoridade, chamada Sydney Pilots Corporation. Já no porto de Newcastle e em Port Kembla, a praticagem é exercida diretamente pela Autoridade Portuária local. A praticagem para auxílio à cabotagem é mandatória somente na região da Grande Barreira de Corais e do Estreito de Torres, localizada no estado de Queensland. Considera-se que região possui uma navegação delicada, pelo número de obstáculos e devido à importância ecológica da mesma. Até julho de 1993, o governo federal era o responsável por fornecer a praticagem na região. Após esta data a praticagem foi privatizada e a provisão dos serviços é responsabilidade de três empresas privadas, o único caso de competição na praticagem no país. As funções regulatórias, referentes à segurança e precificação, continuaram a cargo do governo australiano.⁷⁸

Os serviços de praticagem da Bélgica são organizados em quatro distritos: Rio Scheldt, Canal de Ghent até Terneuzen, o estuário do Scheldt e portos costeiros. Nos distritos onde a praticagem é feita em rios e canais (incluindo o estuário do Scheldt), os práticos são funcionários do governo local e desde 2001 trabalham em uma organização governamental chamada DAB Loodswezen. Já nos portos de Antuérpia e Zeebrugge, a praticagem é responsabilidade de empresas privadas, em regime de concessão. A empresa responsável pelas atividades no porto de Antuérpia é a empresa CVBA BRABO, operando no porto desde 1968. O preço dos serviços de praticagem oferecidos pela CVBA BRABO é estabelecido pela empresa, com necessidade de aprovação por parte da autoridade portuária de Antuérpia. Em Zeebrugge a empresa responsável é a CVBA BREYDEL, uma subsidiária da CVBA BRABO. Os quesitos operacionais são de total responsabilidade da CVBA BREYDEL e a fixação de preços é de responsabilidade da MBZ, uma empresa privada que administra as atividades do porto.⁷⁹

A praticagem no Canadá é regulada pelo Pilotage Act de 1972 e posterior emenda em 1988. Através desse ato, a praticagem é regulamentada como uma atividade pública provida por quatro autoridades regionais, organizadas como Public Service Companies, com dirigentes apontados pelo governo nacional. O provimento

78 Fundação Getúlio Vargas. **Análise da Competitividade Internacionais dos Valores Cobrados pelos Serviços de Praticagem no Porto de Santos.** *Op. Cit.* p. 51-53. Para informações complementares: Australian Maritime Safety Authority – Vessel Traffic Services. Disponível em: <<https://www.amsa.gov.au/navigation/services/vessel-traffic-services/>>. Acesso em 24 de março de 2015.

79 Fundação Getúlio Vargas. **Análise da Competitividade Internacionais dos Valores Cobrados pelos Serviços de Praticagem no Porto de Santos.** *Op. Cit.* p. 53-54.

deste serviço pode ser via a utilização de práticos empregados regularmente na autoridade ou via contratação de práticos por meio de empresas. A fiscalização e regulamentação da atividade são feitas pelo governo nacional, na Figura do Ministério dos Transportes, e diretamente pelas autoridades regionais. Além disto, a Canadian Transportation Agency também atua na regulação econômica da atividade. A política de preços das atividades de praticagem é estabelecida diretamente pela autoridade competente com a aprovação pelo governo nacional.⁸⁰

A Dinamarca, em dezembro de 2006, liberalizou seu sistema praticagem, abrindo o setor para a competição. Em janeiro de 2007, todos os práticos foram alocados para uma organização, a DanPilot, uma organização com administração independente, ligada à Administração Dinamarquesa de Segurança Marítima (Farvandsvæsenet). Apesar de o setor ser aberto à concorrência, a DanPilot é, atualmente, a única empresa prestando serviços completos de praticagem no país. A autoridade competente para regulação e fiscalização da atividade é a Administração Dinamarquesa de Segurança Marítima (Farvandsvæsenet). Os preços são determinados pelas organizações de praticagem com supervisão da autoridade competente. Há ainda na Dinamarca os chamados “Certificados de Dispensa de Praticagem”, que permitem ao Capitão detentor dispensar serviços de praticagem quando em áreas de praticagem obrigatória.⁸¹

O serviço de praticagem na Espanha é fornecido por práticos autônomos organizados em corporações autônomas (Corporaciones) para todos os portos atendidos. Atualmente existem 56 portos espanhóis com serviços regulares de praticagem. A fiscalização e regulação da atividade são feitas pela Autoridade Marítima (Dirección General de La Marina Mercante), incluindo a certificação de novos práticos. À Autoridade Portuária cabe a fixação dos valores dos serviços de praticagem.⁸²

80 Fundação Getúlio Vargas. **Análise da Competitividade Internacionais dos Valores Cobrados pelos Serviços de Praticagem no Porto de Santos.** *Op. Cit.* p. 54-55. Para informações complementares: Canadian Marine Pilots Association: The Canadian System. Disponível em: <<http://www.marinepilots.ca/en/the-canadian-system.html>>. Acesso em 25 de março de 2015.

81 Fundação Getúlio Vargas. **Análise da Competitividade Internacionais dos Valores Cobrados pelos Serviços de Praticagem no Porto de Santos.** *Op. Cit.* p. 55-56. Para informações complementares: DanPilot: About DanPilot. Disponível em: <<http://www.danpilot.dk/en/about-danpilot>>. Acesso em 25 de março de 2015.

82 Fundação Getúlio Vargas. **Análise da Competitividade Internacionais dos Valores Cobrados pelos Serviços de Praticagem no Porto de Santos.** *Op. Cit.* p. 56. Para informações complementares: Practicos de Puerto – Normativa Reguladora. Disponível em: <<http://www.practicosdepuerto.es/colegio-federacion/normativa>>. Acesso em 25 de março de 2015.

O modelo norte-americano de praticagem varia de acordo com o porto estudado, pois o país utiliza um sistema duplo de regulação da praticagem, dividindo a responsabilidade entre os estados e a federação. Pela legislação federal, navios em navegação de cabotagem devem ter a bordo um prático devidamente licenciado, quando navegando em zonas delimitadas como de praticagem. No entanto, a licença federal de praticagem não é exclusividade da profissão de prático, sendo que comandantes e outros oficiais podem ter a licença e operar como práticos em seus navios, quando na cabotagem. No entanto, é importante frisar que a licença de praticagem é específica por porto. No nível federal, a fiscalização e regulação da praticagem cabem à Guarda Costeira dos EUA. Além da regulação federal, os estados da costa norte americana (à exceção aos Grandes Lagos) são livres para regular a praticagem em navios na navegação de longo curso, incluindo navios de bandeira norte-americana e estrangeira quando nas suas águas territoriais. No geral, os estados exigem que seus práticos tenham a licença federal para que sua atividade seja autorizada. Normalmente, os estados não têm departamentos especializados em praticagem, e as atividades de fiscalização e regulação são deixadas a cargo de comissões, que tem como responsabilidade estabelecer padrões para a atividade, para o treinamento e estabelecer práticas disciplinares para os práticos do estado. A precificação do serviço normalmente é responsabilidade da comissão estadual, ou de outro órgão regulador competente, em conjunto com as associações de práticos. Associações e empresas onde os práticos são os acionistas são a forma mais comum de organização no nível estadual. A função destas organizações é de fornecer serviços administrativos, representação em negociação com órgãos governamentais e empresas de navegação e, principalmente, fornecimento da infraestrutura necessária ao desenvolvimento da atividade. Esta última atribuição deixa quase impraticável a existência de práticos independentes. Normalmente, só existe uma organização por porto ou zona de praticagem. Em alguns estados, como o Alaska, Hawaii e Florida, como citado anteriormente, por motivos econômicos específicos, há história de mais de uma organização de praticagem. Estas organizações, em alguns casos, competiam diretamente, já em outros, havia sistemas de rodízios, evitando a competição direta. Há ainda a figura do docking master nos EUA, principalmente nos portos da costa leste. Em alguns portos não é necessária a Figura do prático para atracação, desatracação e fundeio para navios de bandeira estrangeira e em

movimentos intra-portuários. Assim, os docking masters se especializam em prestar estas atividades portuárias. Normalmente todos os docking masters têm licenças federais de praticagem. Atualmente existem nos EUA mais de noventa organizações de práticos, incluindo organizações estaduais de praticagem (reguladas pelas comissões), organizações de práticos somente com licenças federais e organizações de *docking masters*.⁸³

Na Finlândia os práticos são servidores públicos empregados por uma empresa pública, administrada pelo Ministério do Tráfego e Comunicações, a Empresa Estatal de Praticagem (Finnpilot). A empresa atualmente emprega 404 profissionais divididos em 13 estações, em portos marítimos e lacustres e em canais. As 13 estações de praticagem são: Kotka, Helsinki, Hanko, Turku, Maarianhamina, Isokari, Rauma, Mäntyluoto, Vaasa, Tankar, Raahe, Lappeenranta e Savonlinna. O total de práticos, em 2007, era de 205. A fiscalização e o estabelecimento dos valores dos serviços são de responsabilidade do Ministério e a regulação referente à saúde e treinamento é estabelecida pela empresa de praticagem. Os valores, apesar de fixados pelo estado, variam de acordo com a estação de praticagem, principalmente de acordo com o nível de tráfego de cada região.⁸⁴

A praticagem na França é um serviço público administrado diretamente pelos práticos sob supervisão do Ministério dos Transportes. Desde 1928, a atividade é gerida e supervisionada regionalmente por Prefeituras Regionais ligadas ao Ministério, contendo uma ou mais estações de praticagem. A regulação da atividade é responsabilidade do Ministério dos Transportes, que publica a regulamentação geral aplicável a todas as estações de praticagem. As Prefeituras Regionais devem fixar a legislação específica para sua respectiva área, em acordo com cada área. O estado determina aos práticos as obrigações e regras de trabalho a serem cumpridas e determina que os práticos sejam os donos dos ativos utilizados no trabalho por meio de arranjos coletivos, além de obrigar a organização dos mesmos

83 Fundação Getúlio Vargas. **Análise da Competitividade Internacionais dos Valores Cobrados pelos Serviços de Praticagem no Porto de Santos.** *Op. Cit.* p. 56-58. Para informações complementares: The American Pilots Association – Pilotage in the United States. Disponível em: < http://www.americanpilots.org/pilotage_in_the_u_s/index.php>. Acesso em 26 de março de 2015.

84 Fundação Getúlio Vargas. **Análise da Competitividade Internacionais dos Valores Cobrados pelos Serviços de Praticagem no Porto de Santos.** *Op. Cit.* p. 58. Para informações complementares: Trafi – Finnish Transport Safety Agency – Pilotage Authority. Disponível em <<http://www.trafi.fi/en/maritime/pilotage>>. Acesso em 26 de março de 2015.

em sindicatos ou cooperativas. As organizações coletivas dos práticos têm a responsabilidade de gerenciar os recursos humanos e financeiros das estações, sendo o resultado líquido das operações a remuneração dos práticos. Os valores dos serviços são estabelecidos pelas Prefeituras Regionais, após consulta com uma assembleia comercial composta por práticos e por representantes do porto, de usuários dos serviços portuários e dos armadores.⁸⁵

O serviço de praticagem na Holanda é realizado por práticos autônomos, organizados em corporações, onde a Corporação dos Práticos Holandeses (Nederlandse Loodsencorporatie) é a entidade nacional. Além da corporação nacional, existem quatro corporações regionais. A praticagem é regulada pelo Ministério dos Transportes, que também determina os valores a serem cobrados. A Nederlandse Loodsencorporatie faz uma proposta anual para o “Comitê de Taxas de Praticagem”, composto por representantes dos práticos, usuários dos portos e armadores. A discussão do Comitê é apresentada ao Ministério, que aprova ou não um ajuste nos valores cobrados. Os ativos utilizados nas atividades de praticagem são de propriedade dos próprios práticos, que são acionistas da Nederlands Loodswezen B.V. e da Loodswezen Materieel B.V., empresas privadas responsáveis pela coleta das taxas de praticagem, transporte dos práticos e gestão dos ativos (lanchas etc.) utilizados na praticagem.⁸⁶

Em Portugal, a portaria n. 46/2000 do Ministério da Defesa Nacional e o Decreto-Lei n. 48/2002 determinam que a praticagem (chamada de pilotagem) é serviço público e o Prático (chamado de piloto) é um profissional certificado como oficial náutico da Marinha Mercante, que desempenha as funções de “conselheiro do comandante”.⁸⁷

A praticagem no Reino Unido é feita por práticos autônomos e empregados em empresas privadas. O marco regulatório no setor britânico é o Pilotage Act de 1987, onde é especificado que cada Autoridade Portuária (Competent Harbour Authority – CHA) tem a responsabilidade pela provisão dos serviços de praticagem. A regulação da atividade é de responsabilidade do Ministério dos Transportes e a precificação da atividade é deixada a cargo da própria CHA local, sendo fixada por

85 Fundação Getúlio Vargas. **Análise da Competitividade Internacionais dos Valores Cobrados pelos Serviços de Praticagem no Porto de Santos.** *Op. Cit.* p. 58-59.

86 Fundação Getúlio Vargas. **Análise da Competitividade Internacionais dos Valores Cobrados pelos Serviços de Praticagem no Porto de Santos.** *Op. Cit.* p. 59-60.

87 Martins, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo.** *Op Cit.* p. 540.

critérios comerciais.⁸⁸

A praticagem na Suécia é prestada diretamente pela Autoridade Marítima (Sjöfartsverket), onde os práticos atuam como servidores públicos. Tanto a regulação, como fiscalização e estabelecimento de taxas é responsabilidade da Autoridade Marítima. Diferentemente da praticagem em outros países, como a Finlândia (onde a praticagem é superavitária), o setor é deficitário, gerando prejuízos na ordem de 160.000 SEK (coroa sueca) por ano, principalmente devido ao seu pesado custo com pessoal.⁸⁹

88 Fundação Getúlio Vargas. **Análise da Competitividade Internacionais dos Valores Cobrados pelos Serviços de Praticagem no Porto de Santos.** *Op. Cit.* p. 60. Para informações complementares: Pilotage Act – 1987. Disponível em: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1987/21>>. Acesso em 27 de março de 2015.

89 Fundação Getúlio Vargas. **Análise da Competitividade Internacionais dos Valores Cobrados pelos Serviços de Praticagem no Porto de Santos.** *Op. Cit.* p. 50-51. Para informações complementares: SJÖFARTSVERKET – Pilotage. Disponível em: <<http://www.sjofartsverket.se/en/Maritime-services/Pilotage/>>. Acesso em 28 de março de 2015.

CAPÍTULO II – CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DO CONCEITO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E SUAS POSSIBILIDADES DE DELEGAÇÃO A PARTICULARES

A rigorosa análise a respeito dos diversos aspectos do serviço de praticagem a que o capítulo anterior se dedicou tem o objetivo de delimitar os contornos do objeto desta pesquisa para, a partir de um cotejo com as normas positivadas, os estudos realizados pelos doutrinadores e a jurisprudência de nossos tribunais a respeito do tema, tentar determinar a melhor maneira de enquadrá-lo perante o ordenamento jurídico brasileiro.

A tarefa é justificada pelo grande número de peculiaridades envolvidas em todas as etapas de organização e execução dos serviços, que parecem gerar inevitáveis incongruências a respeito da forma como ele é visto por cada uma das esferas de poder estatal, bem como pelos particulares envolvidos, representados tanto pelos próprios Práticos quanto pelos armadores e demais usuários diretos destes serviços.

Um dos indícios mais emblemáticos do peculiar regime jurídico ao qual o serviço de praticagem está submetido, representado por uma mistura “volátil” entre os de direito público e direito privado, encontra-se no item 0201, subitem “c” da NORMAM-12 que determina: “que o Praticante de Prático e o Prático **não** são militares ou servidores/empregados públicos, assim como não exercem função pública. O processo seletivo, portanto, não se destina ao provimento de cargo ou emprego público, não sendo concurso público de que trata o Art. 37, II, da Constituição Federal”. A inserção, no mínimo peculiar, deste “esclarecimento” no corpo da regulamentação técnica do serviço de praticagem, reflete um evidente reconhecimento, por parte do representante estatal, de que a forma *sui generis* como o setor é organizado, dá margem a uma série de questionamentos a respeito de sua natureza e regime jurídico.⁹⁰

Não se questiona o fato de que, na essência, os serviços de praticagem representam, ao menos formalmente, modalidade de serviços privados, prestados em regime jurídico de direito privado e submetido a uma intensa regulamentação

90 A inserção do dispositivo, que se presta a ressaltar a ausência de vínculo formal entre os profissionais envolvidos e o Poder Público, seria absolutamente desnecessária caso não houvesse a evidente tendência de associar os serviços de Praticagem, devido à forma como estão organizados e às suas finalidades que extrapolam a mera relação contratual de prestação de serviço privado, a uma noção, ao menos, genérica, de Serviço Público.

estatal.⁹¹ Ocorre que, no caso do objeto analisado, a “intromissão” estatal, justificada pela diversidade e relevância dos bens jurídicos diretamente envolvidos, apresenta-se de forma tão ostensiva que acaba por, em última instância, vulnerar o conceito supracitado, de atividade exercida em regime jurídico de direito privado com “nuances” de direito público. Em consequência deste questionamento, cabe determinar se, de alguma forma, o objeto deste estudo pode ser abrangido pelo conceito de “Serviço Público” e, em caso de resposta positiva, como classificar a forma de delegação a particulares que particulariza a sua execução.

A tarefa proposta no parágrafo anterior assume particular dificuldade devido ao fato de não haver, entre os estudos realizados pelos mais eminentes administrativistas pários, qualquer menção explícita ao serviço de praticagem.⁹² Esta omissão se justifica, provavelmente, em virtude da característica microscópica que o tema representa quando comparado a outros, como telefonia, petróleo, geração de energia, ou mesmo as recentes alterações do regime jurídico do setor portuário,⁹³ que justificadamente parecem ter cooptado a atenção dos doutrinadores supracitados nos últimos anos.

Sendo assim, este capítulo se destina a formular uma “matriz” conceitual da noção de Serviço Público, com base na tríade representada pela doutrina, jurisprudência e normas positivadas, a fim de, no terceiro e derradeiro capítulo deste trabalho, verificar a possibilidade de subsunção do objeto de estudo a ela, objetivando desvelar os aspectos materiais (em contraposição aos meramente formais) da natureza e regime jurídico dos serviços de Praticagem.

91 A respeito da graduação da intromissão estatal na regulamentação dos serviços privados, Marçal Justen Filho assevera que: “Alguns autores têm cogitado de serviços públicos prestados sob regime de direito privado, o que se traduziu concretamente na regulação dos serviços de telecomunicação. Rigorosamente, serviço público sob regime de direito privado é uma contradição em termos. A aplicação do regime de direito privado desnatura o serviço público. A expressão “serviço público sob regime de direito privado” indica serviços privados subordinados a uma regulação jurídica intensa. Tal como exposto anteriormente, existe um conjunto de atividades (que pode ser referido como serviços de interesse econômico geral) que não se configura como serviço público, mas que se subordina a uma regulação estatal muito intensa”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 731.

92 Evidentemente, apesar dos esforços empreendidos no sentido de produzir um levantamento bibliográfico consistente através das diversas fontes de pesquisa disponíveis, esta a afirmação é realizada de forma genérica e se refere especificamente à esfera do Direito Administrativo, uma vez que seria praticamente impossível esquadriñar toda a produção doutrinária a fim de buscar menções explícitas ao tema. O fato é que as únicas menções doutrinárias consistentes sobre o assunto encontram-se em obras de Direito Marítimo, de cunho eminentemente privatístico, e que, portanto, o abordam de forma distinta da que se valeria o Direito Administrativo.

93 Ressalte-se que, apesar da aparente conexão temática, as recentes alterações promovidas pela Lei nº 12.815, de 2013, não produzem nenhum efeito direto sobre o setor de praticagem.

1. A construção histórica da noção de serviços públicos

A visão global a respeito da construção histórica do conceito de serviço público é indispensável para a consecução dos objetivos a que se prestam os demais itens deste capítulo que, em apertada síntese, tratarão da institucionalização da noção de serviço público no ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, em primeiro lugar estudar-se-á a formação da noção clássica de serviço público na França do final do século XIX e início do Século XX,⁹⁴ notadamente através de um papel preponderante da chamada Escola do Serviço Público, mas também, através do estudo de autores franceses que a ela se opuseram e de noções paralelamente desenvolvidas em outras nações europeias.

Em segundo lugar, cabe analisar as crises pelas quais a noção de serviço público passou, a fim de verificar as modificações pelas quais o conceito clássico foi submetido até chegar à contemporaneidade.

1.1. A Formação da noção clássica de serviço público e sua influência no direito brasileiro

As instituições jurídicas são reflexo das relações entre o Estado e a sociedade a ele atrelada. Como essas relações são dinâmicas, e variam, ao longo do tempo, em função de circunstâncias políticas, sociais, econômicas e ideológicas, é natural que estas instituições jurídicas acompanhem este movimento, sob pena de tornarem-se inúteis. A construção histórica da noção de serviços públicos ilustra perfeitamente a dinâmica supradescrita, pois é possível perceber um inexorável atrelamento entre os diferentes significados atribuídos à locução e as diferentes fases das sociedades que, de alguma forma, a acolheram em seus ordenamentos jurídicos.

É possível afirmar, com base em significativo consenso doutrinário, que a noção contemporânea de serviços público presente no ordenamento jurídico brasileiro, teve sua origem na França do Século XIX,⁹⁵ onde operacionalizou-se uma

94 Evidentemente, não se pretende negar a existência da noção de serviço público em período anterior ao que se elegeu como foco para esta pesquisa. A eleição do período supracitado como marco inicial trata-se apenas de opção metodológica adotada no sentido de seguir a tendência adotada pela ampla maioria dos doutrinadores que se dedicaram ao estudo do tema.

95 Neste sentido, a doutrina é praticamente uníssona, conforme se depreende da leitura dos manuais de Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles, Lucas da Rocha Furtado,

subsunção, ao plano jurídico, de expressão “*serice public*”, utilizada originalmente por Rousseau, em um texto de seu *Contrat Social*.⁹⁶

Este conceito político filosófico rousseauiano é incorporado ao plano jurídico francês do século XIX sem grandes alterações, mantendo seu significado original, de atividade estatal (em contraposição à noção de atividade privada) destinada a satisfazer uma necessidade sentida coletivamente pela sociedade. Este movimento, que a princípio pode parecer contraditório, levando-se em consideração o ideal do Estado abstencionista predominante naquele momento histórico, é justificado pelos esforços da burguesia liberal para preservar sua liberdade através de uma estratégia consistente em eliminar as esferas intermediárias (Igreja, fundações, corporações e universidades) entre o indivíduo e o Estado, forçando-o a assumir, como próprias, algumas tarefas que anteriormente eram prestadas por aquelas.⁹⁷

A noção de serviço público começa a adquirir contornos jurídicos mais concretos através da necessidade prática de operacionalizar o estabelecimento de critérios de fixação de competência para a atuação da justiça administrativa (*Conseil D'État*), uma vez que os tribunais judiciais foram proibidos de conhecer dos litígios da Administração e perturbar, de qualquer maneira, as operações dos corpos administrativos.⁹⁸

Neste contexto, os casos “Rothschild” (1855, referente a serviços postais), “Carcassone” (1858, referente a serviços postais), “Baudry” (1961, referente a acidente causado por veículo militar), “Deikeister” (1862, referente a serviços postais) e “Blanco” (1873, referente a acidente envolvendo veículo pertencente a empresa estatal) são os precursores da utilização institucional do conceito de serviço público, com destaque para o último. Apesar de todos os casos supracitados serem referentes a danos provocados pelo estado na prestação de serviços públicos e fazerem menção explícita à sujeição da Administração a regime jurídico especial quando no desempenho destes serviços.⁹⁹

Marçal Justen Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Odete Medauar, entre muitos outros, ressaltando que não se pretende construir um rol exaustivo e sim, apenas exemplificativo. Importante salientar que esta concepção trata-se de uma generalização adotada em prol da preocupação didática dos autores em estabelecer um “ponto de partida” para a compreensão do tema. Para uma noção mais aprofundada a respeito da noção de serviço público anterior a este marco histórico, ver: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 19-23.

96 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público**.... *Op. Cit.*, p.20.

97 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público**.... *Op. Cit.*, p.23-24.

98 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público**.... *Op. Cit.*, p.24-27.

99 MEDAUAR, Odete. Serviço público. *Op. Cit.*, p.102. MEDAUAR, Odete. Serviço público. **Revista de Direito Administrativo**, nº189, Rio de Janeiro, Renovar, p. 100-113, jul./set. 1992. p. 102.

O caso Blanco ganhou especial repercussão porque foi a primeira destas decisões emitida após o Conselho de Estado tornar-se jurisdição independente, com justiça delegada (1872) e também por ser a primeira a utilizar a atuação do Estado na prestação de serviços públicos para a fixação de competência da justiça administrativa,¹⁰⁰ em detrimento do modelo anterior, que preconizava como competência da justiça administrativa os pedidos que tendiam a fazer do estado um devedor.¹⁰¹

Foi a partir do caso supracitado que se desenvolveu a jurisprudência administrativa francesa do século XX, que passou a utilizar a noção de serviço público como noção fundamentadora do direito administrativo e como critério de repartição de competências entre ela e a justiça comum.¹⁰²

A institucionalização da ideia de serviço público perante o estado francês ocorreu de forma gradual, atingindo seu ápice no final do século XIX quando, em razão de dificuldades econômicas, sociais e políticas, o Estado passou a atuar de forma mais ativa na sociedade.¹⁰³ Esta crescente intervencionismo estatal foi legitimado através da teoria do solidarismo,¹⁰⁴ sistematizada por Léon Bourgeois, em 1898.¹⁰⁵

A evolução jurisprudencial e a necessidade de conferir legitimidade ao incremento da atividade estatal intervencionista inspiraram o surgimento da Escola do Serviço Público, também chamada de Escola Realista, ou de Bordeaux, cujos

100 A relevância do caso Blanco como decisão de princípio fundamental é contestada por Joël Carbayo ao afirmar que: “a) a doutrina contemporânea demonstrou que a expressão serviço público, utilizada pelo Comissário do Governo David e pelo próprio tribunal de Conflitos, era utilizada como sinônimo de Poder Público, por oposição ao Estado pessoa civil agindo nas condições de direito privado; b) a jurisprudência contemporânea do caso Banco parece ainda se referir à distinção entre atos de autoridade/atos de gestão (...); c) a doutrina contemporânea do caso Blanco não parece ter analisado este como uma grande decisão de princípio”. CABAJO, Joël. **Droit des services publics**. 3.ed. Paris: Dalloz, 1997. p. 7-8. Apud: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço Público....** Op. Cit., p. 29-30.

101 MEDAUAR, Odete. **Serviço público....** Op. Cit., p.102

102 MEDAUAR, Odete. **Serviço público....** Op. Cit., p.102

103 DUGUIT, Léon. **Les transformations du droit public**. Paris: Librairie Armand Colin, 1913. p. 48. Versão digital disponível em Bibliothèque Nationale de France: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k67925q/f68.image.langEN>>. Acesso em 02 jul. 2015.

104 André Luiz Freire, baseando-se em Jacques Chevallier assevera que: “O solidarismo construiu uma teoria dos direitos e deveres sociais, segundo a qual, pelo simples fato de se viver em sociedade, cada pessoa passa a ter uma “dívida”. Esta, por sua vez, não é atribuída de igual modo a todos os membros do corpo social, já que as pessoas não auferem os mesmos benefícios”. FREIRE, André Luiz. **O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas**. São Paulo, 2013. 429 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. f. 184.

105 CHEVALLIER, Jaques. **Le service public**. 7. ed. Paris: PUF, 2008. p. 9-26. Apud: FREIRE, André Luiz. **O regime de direito público...** Op. Cit., p. 184.

principais expoentes foram Léon Duguit e Gaston Jèze.¹⁰⁶ Desta forma, a doutrina do serviço público tornar-se-ia um prolongamento do solidarismo e passaria a exercer uma ampla influência no direito público francês.¹⁰⁷

A proposta metodológica de Duguit consistia em utilizar a noção sociológica de serviço público como elemento norteador para a construção de uma teoria do Estado, que traduzir-se-ia em realidade jurídica estruturada a partir da realidade social.¹⁰⁸ Consequentemente, o poder deveria deixar de ser interpretado como um direito subjetivo dos governantes (detentores do poder público) e passar a ser um instrumento para a concretização do dever de oferecer os serviços públicos.¹⁰⁹

Para Duguit, o serviço público pode ser definido como:

(...) toda atividade cujo cumprimento deve ser assegurado, regulado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e de tal natureza que não pode ser integralmente cumprido senão com a intervenção da força governante.¹¹⁰

Entretanto, apesar de ter reestruturado o direito administrativo de forma a compreendê-lo como um sistema de normas e princípios que existiam em função da necessidade de conferir eficácia à atividade máxima estatal, qual seja, a de executar os serviços públicos, não constava da proposta de Duguit a adoção de um regime jurídico específico, aplicável a estes serviços públicos.¹¹¹

Gaston Jèze, o segundo jurista mais célebre da Escola de Bordeaux, assim como Duguit, percebe o serviço público como pedra angular do Direito Administrativo, devendo nortear a construção teórica de todas as instituições do direito público. Entretanto, por ser mais fortemente influenciado pelo positivismo jurídico, Jèze propôs a necessidade de existência de um regime jurídico específico,

106 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público....** *Op. Cit.*, p. 31.

107 FREIRE, André Luiz. **O regime de direito público...** *Op. Cit.*, p. 187.

108 Celso Antônio Bandeira de Mello observa que: "O conceito de serviço público de Duguit não desentranha os elementos que o exteriorizam em face do Direito; esclarece apenas os que norteiam ou devem nortear o legislador. Daí a fluidez da noção". BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1968. p. 140-141.

109 DUGUIT, Léon. **Les transformations du droit public...** *Op. Cit.*, p. 46-49.

110 Tradução livre. No original: "*c'est toute activité dont l'accomplissement doit être réglé, assuré et contrôlé par les gouvernants, parce qu'il est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu'il est de telle nature qu'il ne peut être assuré complètement que par l'intervention de la force gouvernante*". DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. 3.ed. t. II. Paris: Boccard, 1928. p. 61. Versão digital disponível em Bibliothèque Nationale de France: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57261436>>. Acesso em 03 jul. 2015.

111 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público....** *Op. Cit.*, p. 33-35.

capaz de garantir ao Estado, maior eficácia na prestação dos serviços públicos.¹¹²

Desta forma, Jèze preconizava a noção de que, por satisfazer certas necessidades de forma regular e contínua, os serviços públicos, sempre que necessário, deveriam valer-se do regime jurídico de direito público, que teria prevalência sobre o privado e que desfrutava da possibilidade de constante alteração de sua organização por ato unilateral do Poder Público.¹¹³

Em síntese, a principal distinção detectada entre as noções apresentadas por Duguit e Jèze reside no ponto de partida para o reconhecimento de alguma atividade como serviço público. Enquanto o primeiro, a partir de uma metodologia que se aproximava mais de outras ciências sociais, como a sociologia e a filosofia, em detrimento do direito, preconizava o reconhecimento da noção de serviço público a partir da realidade social, o outro defendia uma metodologia dedutiva, que construiria a noção de serviço público a partir do regime de execução atribuído pela lei.¹¹⁴

Em contraposição à Escola do Serviço público, destaca-se a obra de Maurice Hauriou, figura central da Escola Institucional, que defendia a noção da centralidade do poder público, em detrimento da noção de serviço público como elemento central do Estado. O autor, desta forma, relegava a função do serviço público a posição meramente instrumental para a consecução dos objetivos do poder público.¹¹⁵

Dissidentemente da doutrina francesa do início do século XX que, nos moldes da Escola do Serviço público, reconhecia o papel central do serviço público, ou da Escola Institucional que, apesar de não reconhecer a centralidade da noção de serviço público, não negava a sua relevância instrumental para a consecução dos objetivos do poder público, surge a Escola Negativista, encabeçada por Henry

112 FREIRE, André Luiz. **O regime de direito público...** Op. Cit.. p. 189-191.

113 De acordo com Jèze: "(...) dizer que, em determinada hipótese, existe serviço público, equivale a afirmar que os agentes públicos, para darem satisfação regular e contínua a certa categoria de necessidades de interesse geral, podem aplicar os procedimentos de direito público, isto é, um regime jurídico especial, e que as leis e regulamentos podem modificar a qualquer momento a organização do serviço público, sem que a isto se possa opor qualquer obstáculo insuperável de ordem jurídica. Sempre que se estiver na presença de um serviço público, estar-se-á diante de um conjunto de regras jurídicas especiais, de teorias jurídicas especiais que, em sua totalidade, têm por objeto facilitar o funcionamento regular e contínuo do serviço público, satisfazendo, do modo mais rápido e completo possível, as necessidades de interesse geral". JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. 3. ed. Tradução de Julio N. San Millán Almagó. Buenos Aires: Depalma, 1949. p. LXV. Apud: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público....** Op. Cit., p. 35.

114 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Natureza e regime jurídico das autarquias...** Op. Cit.. p. 147.

115 CRETELLA JUNIOR, José. Conceito moderno do serviço público. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 61. n. 2, São Paulo, p. 190-236, 1966. p. 204-207.

Bherthélemy que defendia o banimento da noção de serviço público, uma vez que, na sua visão, esta consistia num desserviço para a compreensão do Direito Administrativo.¹¹⁶

Enquanto a noção clássica de serviço público consolidava-se no direito francês, outras nações passaram a incorporá-la também aos seus ordenamentos, modificando-a de acordo com as suas peculiaridades e necessidades. No direito italiano, a noção é incorporada para designar os setores que, por serem considerados atividades essenciais, demandavam uma atuação mais intensa por parte do estado, como o transporte ferroviário de passageiros, as telecomunicações, os serviços postais e o fornecimento de energia elétrica.¹¹⁷

No direito espanhol ocorre movimento semelhante ao italiano, com a incorporação da noção de serviço público como instrumento para legitimar a atuação estatal em setores que, em virtude das mudanças conjunturais do início do século XX, não permitiriam um acesso igualitário para a população sem a sua intromissão.¹¹⁸

Na Alemanha, o cenário decadente pós-Primeira Guerra Mundial obrigou o estado a assumir a prestação de determinadas atividades econômicas consideradas essenciais para a sociedade, utilizando para tanto, a noção de serviço público. No cenário alemão criou-se uma distinção bastante evidente entre a administração pública de prestação e administração pública de autoridade.¹¹⁹

Enquanto a Espanha, Itália, Alemanha e outras nações da Europa continental foram profundamente influenciadas pela doutrina francesa do serviço público, que preconizava, em linhas gerais, a passagem de certos serviços à titularidade do Estado (*publicatio*), nos países anglo-saxões, o desenvolvimento da noção de serviço público ocorreu de forma distinta. Nessas nações, ao contrário do que ocorreu na França e nos países que optaram por seguir a sua linha de influência doutrinária, o processo de institucionalização da noção de serviço público ocorreu de forma muito mais gradual, e gerou resultados finais distintos.¹²⁰

Nestas nações, de matriz anglo-saxã, a delimitação da noção de serviço público ocorreu, primeiramente, através de uma regulação de polícia estatal

116 CRETELLA JUNIOR, José. Conceito moderno do serviço público.... *Op. Cit.* p. 199-200.

117 SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 39.

118 SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**... *Op. Cit.* p. 39.

119 SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**... *Op. Cit.* p. 40.

120 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público**.... *Op. Cit.*, p. 25-26.

progressivamente intensa sobre as liberdades dos particulares que prestavam os serviços considerados essenciais (eletricidade, gás, telecomunicações). Num segundo momento, incorporou-se a ideia de utilização especial ou privada do domínio público através de uma noção similar à que chegou ao direito brasileiro na forma do regime de concessão. Por fim, apenas após a evolução deste processo gradual, chega-se à noção de serviço público, de titularidade do estado, e que somente poderia ser prestado por particulares através de concessão prévia.¹²¹

No que diz respeito ao surgimento da noção no direito brasileiro, ainda no período imperial, havia a noção de que o Estado deveria desempenhar certas atividades de interesse coletivo, as quais ficavam a cargo dos *agentes administrativos externos*, espécie de delegatários estatais, de se sujeitavam a mecanismos de concessão e a controles promovidos pelo Estado. Contudo, no Brasil, essa noção ainda aproximava-se muito mais à noção ibérica de “*privilégios Régios*” que da concepção francesa de serviço público.¹²²

A partir da proclamação da República e da edição da Constituição de 1891 a noção de privilégios régios foi extirpada do ordenamento jurídico nacional, passando a dar lugar a uma noção ainda rudimentar de serviços públicos. No início do século XX, o tratamento dado ao instituto dos serviços públicos é muito mais fortemente influenciado pela matriz anglo-saxã (via Estados Unidos) do que pela matriz francesa. Sendo assim, adotou-se um modelo muito semelhante ao das *public utilities* do direito norte-americano, para o desenvolvimento das atividades consideradas de utilidade pública que demandassem controle estatal, sem contudo, colocá-las entre as típicas de estado.¹²³

A constituição de 1937 pode ser apontada como um marco da aproximação ao modelo francês em detrimento do anglo-saxão de serviços públicos. Atendendo ao movimento de intensificação da intervenção estatal na economia, os serviços considerados de utilidade pública foram retomados pela Estado, passando a ser chamados de serviços públicos concedidos.¹²⁴ Com este movimento, atividades que até então eram consideradas privadas e sujeitas a um acompanhamento público,

121 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público....** *Op. Cit.* p. 25-26.

122 SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos...** *Op. Cit.* p. 40.

123 SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos...** *Op. Cit.* p. 41-42.

124 O art. 15 da Constituição de 1937 ilustra este movimento de estatização, ao declarar que: “Compete privativamente à União: (...) VII explorar ou dar em concessão os serviços de telégrafos, radiocomunicação e navegação aérea, inclusive as instalações de pouso, bem como as vias férreas que liguem diretamente portos marítimos a fronteiras nacionais ou transponham os limites de um Estado”, sem previsões análogas na Constituição de 1891.

passaram a ser vistas como pertencentes ao Estado e delegáveis, em circunstâncias específicas, aos particulares. Verifica-se dessa forma, a mitigação de uma concepção funcionalista do serviço público, como sendo aquele que se presta a uma finalidade pública, para uma concepção predominantemente orgânica, tendo como principal elemento caracterizador, a titularidade estatal.¹²⁵

1.2. As crises da noção de serviço público e a sua utilidade contemporânea

Conforme foi possível verificar através do estudo da construção clássica da noção de serviço público, os fatores conjunturais do Século XIX forçaram o Estado a flexibilizar os ideais liberais em prol de garantir acesso minimamente igualitário da população a alguns serviços elencados como essenciais. Progressivamente, passou-se de um estado em que a iniciativa privada era a regra e a atuação estatal uma exceção, para um modelo em que o Estado estava legitimado a intervir sempre que se constatasse o risco de que alguma das camadas da população não tivesse acesso garantido a algum destes serviços. Este movimento, que teve início no século XIX,¹²⁶ intensificou-se no início do século XX e atingiu seu ápice no período imediatamente posterior à Segunda Guerra Mundial, que desvelou uma nova geração de necessidades sociais cuja satisfação não poderia ser plenamente atingida apenas através da iniciativa privada e da autorregulação da economia.¹²⁷

Como consequência deste fenômeno de assunção de atividades por parte do Estado, surgiu a percepção de que, em muitos casos, o Estado não dispunha dos recursos e da organização adequada para a execução destes novos serviços públicos, sendo obrigado a recorrer a solução intermediária, traduzida na delegação destes serviços aos particulares, desta vez sob uma intensa regulamentação estatal, a fim de que pudessem satisfazer adequadamente as necessidades da população.

O uso abusivo do serviço público como instrumento para a consecução dos objetivos da administração pública, que se passou a fazer no início do século XX, com a crescente intromissão estatal em atividades de caráter eminentemente mercantil e industrial, levou a uma desestabilização sistêmica que resultou no

125 SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos...** *Op. Cit.* p. 43-45.

126 Reiterando a ressalva de que o século XIX é adotado como uma espécie de marco simbólico, e que portanto não se pretende negar a existência de atividade estatal que pudesse ser assimilada à noção de serviço público anteriormente a este período, ainda que de forma muito tímida.

127 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 14-16.

enfraquecimento do instituto e a uma consequente necessidade de flexibilização de sua metodologia de utilização pelo Estado. O primeiro resultado desta flexibilização foi a licença para que pessoas jurídicas de direito privado pudessem atuar na execução de serviços públicos sem a necessidade de utilização do regime jurídico de direito público, e sim sob um regime jurídico predominantemente privado.¹²⁸

Este movimento de flexibilização fez com que uma brecha se abrisse, no sentido de transferir para o domínio do direito privado e, por consequência, da jurisdição judiciária os serviços públicos de natureza eminentemente econômica (industriais e comerciais), enquanto os serviços públicos em sentido estrito, de cunho eminentemente administrativo, permaneciam sob a competência da jurisdição administrativa. Além disso, houve uma flexibilização subjetiva, no sentido de reconhecer que os serviços públicos, numa acepção ampla, não cabiam apenas à administração através de sua atuação direta ou indireta, mas também a outras entidades encarregadas de encargos semelhantes.¹²⁹

O processo supracitado intensificou-se a partir das nacionalizações implementadas na França a partir de 1944 gerando uma patente desconformidade entre a realidade social e a noção tradicional do serviço público. A partir deste momento, a importância de toda a teoria do serviço público era amplamente relativizada, tornando-se comum, a partir da década de 50 do século XX, a doutrina falar em crise da noção de serviço público.¹³⁰

As décadas finais do século XX foram marcadas por uma nova noção de crise da noção de serviço público. Desta vez, parte da doutrina pregava que o estado do bem-estar social, ao preconizar uma utilização desmedida do serviço público como instrumento para a consecução de objetivos sociais, gerava

128 Conforme Claudie Boiteau, o caso da *Société Commerciale de l'Ouest African*, julgado pelo Tribunal de Conflitos, em 1921 é apontado como o marco inicial da jurisprudência que estendeu a aplicação do direito privado a certos serviços públicos. BOITEAU, Claudie. **Les Conventions de délégation de service public: transparence et service public local**. Paris: Imprimerie Nationale, 1999. Apud: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público....** Op. Cit.. p. 54.

129 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público....** Op. Cit.. p. 54-55.

130 A respeito da doutrina que pregava a crise da noção de serviço público, Dinorá Adelaide Musetti Grotti observa que: "Jean-Louis de Corail, um de seus mais destacados opositores, em tese de doutoramento – *La crise de la notion juridique de service public em Droit Administratif français* -, chega à conclusão de que, no direito administrativo francês, "a noção de serviço público não tem mais valor jurídico". Eisenmann, em curso de doutorado de 1952-1953, registrou que a noção deveria ser "relegada ao pano da história do direito administrativo", por estar tão divorciada da realidade que "em tempo próximo deixará de infectar, de obscurecer e confundir a síntese do direito positivo". Jean-Denis Bredin inferia que a difícil noção de serviço público, antes de tanta valia para a jurisprudência e doutrina, parece singularmente abalada". GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público....** Op. Cit.. p. 56-58.

ineficiência econômica e desperdício de recursos, que por consequência, levavam ao endividamento público e declínio da qualidade dos serviços prestados, sendo os cidadãos a que estes serviços eram destinados, os principais prejudicados.¹³¹

A esta doutrina, que pregava a crise (ou crises), ou mesmo a “morte” do instituto dos serviços públicos, muitos autores se opuseram, alegando, em síntese, que o que muitos entendiam como uma crise, na verdade significava uma evolução do conceito. Neste sentido, a suposta crise não seria nada mais que a natural mutação dos elementos materiais e orgânicos que, em última instância, são apenas componentes instrumentais à noção jurídica de serviço público que, traduzindo-se num regime jurídico específico, “nunca esteve em crise e nem jamais poderá estar”.¹³²

A respeito das “gerações” de críticas à noção de serviço público, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao prefaciар a obra “O serviço público e a constituição brasileira de 1988”, de Dinorá Adelaide Musetti Grotti assevera que:

Serviço Público é um tema polêmico desde o instante mesmo em que surgiu. Falou-se no passado e fala-se, hoje, em crises da noção de serviço público. Por detrás da última propalada crise, estiveram – e estão – presentes poderosos interesses econômicos que, buscando influenciar o direito no rumo que lhes convêm, ocultam este desiderato sob a aparência de uma neutralidade científica.¹³³

As ponderações tecidas por Celso Antônio Bandeira de Mello trazem à tona a necessidade de atentar-se para a inexorável utilidade do instituto jurídico do serviço público, tanto como sustentáculo do direito administrativo, quanto como elemento norteador de sua aplicabilidade contemporânea. O conceito, como é natural para qualquer instituto jurídico, moldou-se de acordo com as mutações das sociedades que o abrigavam em seus ordenamentos jurídicos, restado evidente que, apesar de já não mais apresentar as mesmas características que lhe foram atribuídas em seus primórdios, está longe de ter se tornado inútil ou, como pregam alguns, “morrido”.

131 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público....** *Op. Cit.* p. 65.

132 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Natureza e regime jurídico das autarquias...** *Op. Cit.* p. 166-170.

133 Prefácio redigido por Celso Antônio Bandeira de Mello para a obra “O serviço público e a constituição brasileira de 1988” de Dinorá Adelaide Musetti Grotti. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público....** *Op. Cit.* p. III.

2. O serviço público na Constituição Federal e o sentido a ele atribuído pela doutrina e jurisprudência brasileiras

Conforme se depreende do estudo da construção histórica da noção de serviço público, trata-se de locução dotada de grande plasticidade, capaz de permitir que se amolde às necessidades de cada ordenamento jurídico que a contemplar. Em síntese, a noção de serviço público adotada por um determinado ordenamento jurídico refletirá a concepção do papel do Estado perante a população.

Os possíveis sentidos empregados à expressão “serviços públicos”, principalmente no que disser respeito à sua inevitável contraposição aos “privados”, é fruto inevitável de uma construção cultural derivada preponderantemente de conceitos históricos e políticos em detrimento dos puramente técnico-jurídicos.¹³⁴

Sendo assim, a fim de compreender a noção e a função do instituto dos serviços públicos perante o ordenamento jurídico brasileiro, é preciso conhecer o que a Constituição da República diz a seu respeito, como o interpreta a doutrina e, em última instância, a sua aplicabilidade prática, traduzida na jurisprudência.

Antes, porém, de tentar compreender o significado do instituto dos serviços públicos perante o ordenamento jurídico brasileiro, é imprescindível conhecer os critérios clássicos que, singularmente ou em conjunto servem de matriz conceitual norteadora das possíveis interpretações que se lhe possa conferir.¹³⁵

Os três critérios delimitadores utilizados desde a doutrina clássica do serviço público são o subjetivo, o material e o formal. Estes critérios podem ser utilizados tanto individualmente quanto em conjunto, permitindo desta forma, uma grande gama de possibilidades interpretativas.¹³⁶

Em sentido subjetivo, ou orgânico,¹³⁷ o serviço público abrange toda e

134 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O sistema de parceria entre os setores público e privado: execução de serviços através de concessões, permissões, terceirizações e outros regimes. **Boletim de Direito Administrativo – BDA**, v.13, nº 2, São Paulo: NDJ, p. 75-81, fev. 1997. p. 76.

135 O estudo dos três critérios “tradicionais” (subjetivo, material e formal) é suficiente para alcançar os fins objetivados por este trabalho, contudo, não pretendemos negar a existência de outros. Sobre estes critérios complementares, ver: CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 92-96.

136 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Natureza e regime jurídico...** Op. Cit.. p. 151.

137 Ao discorrer sobre a acepção subjetiva de serviço público, Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que: “em sentido subjetivo, o serviço público é concebido como um organismo público, ou seja, uma parte do aparelho estatal. Nesta acepção, falar em serviço público é o mesmo que se referir a um complexo de órgãos, agentes e meios do Poder Público. É uma organização pública de poderes e competências”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Natureza e regime jurídico...** Op. Cit.. p. 151.

qualquer atividade desempenhada pelo Poder Público, sem juízo de mérito sobre as suas características ou seus destinatários, sob um regime jurídico específico. Este critério era o preponderante durante o apogeu da teoria do serviço público na França.¹³⁸

Com o passar do tempo, duas ordens de fatores obrigaram a doutrina e a jurisprudência francesas a flexibilizar o critério orgânico. O primeiro deles diz respeito à assunção, por parte do Estado, de atividades que eram eminentemente econômicas, incompatíveis com a noção “pura” de serviço público. O segundo, diz respeito ao fato de que, percebendo a sua incapacidade para a prestação de todos os serviços públicos, o Estado passou a permitir a execução de alguns deles por particulares.¹³⁹

O critério objetivo, decorrente da relativização do critério subjetivo, teve Duguit como seu principal defensor. Por este critério, serviço público seria aquele destinado a atender necessidades de caráter coletivo, geral e público,¹⁴⁰ mesmo quando prestado por particulares.

Esta concepção utiliza, como principal parâmetro, a natureza da atividade que, por ser essencial para a sociedade, será caracterizada como serviço público, em detrimento da perquirição de quem seja o responsável por sua execução.¹⁴¹

Por fim, o sentido formal da noção de serviço público determina que serão consideradas como tal, as atividades que, de acordo com o estipulado nas normas específicas, assim sejam classificadas e, conseqüentemente, submetidas a regime jurídico especial. Nesta acepção, o serviço público seria aquele prestado sob o regime de direito público, em nítida contraposição ao regime jurídico de direito privado.¹⁴²

2.1. O serviço público na Constituição Federal

O poder constituinte, no papel de “tradutor” da vontade política do Estado, é o único legitimado a fixar os parâmetros que nortearão a interpretação de quaisquer

138 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público....** Op. Cit.. p. 43-44.

139 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público....** Op. Cit.. p. 43-44.

140 De acordo com Dinorá Adelaide Musetti Grotti, o elenco de necessidades passíveis de serem atendidas pelos serviços públicos é variável de acordo com a doutrina e podem aparecer isoladas ou simultaneamente. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público....** Op. Cit.. p. 44-45.

141 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Natureza e regime jurídico...** Op. Cit.. p. 153-154.

142 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 91.

institutos jurídicos num determinado ordenamento. Sendo assim, o estudo da noção de serviço público incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro deve, antes de mais nada, levar em consideração o conhecimento do disposto na Constituição Federal, sob pena de subverter a ordem dos fatores que levarão a uma compreensão razoável deste instituto jurídico que, devido à sua complexidade, dá margem a uma série de interpretações.

Do ponto de vista técnico-jurídico, só pode ser considerado serviço público aquilo que a Constituição Federal, ou legislação com ela consonante, conceitue como tal,¹⁴³ motivadas por uma série de razões que, de forma sintética, traduzem-se na necessidade imposta ao Estado, de promover o bem social.¹⁴⁴

A Constituição Federal de 1988 é permeada por uma série de dispositivos que se valem da locução “serviço público”, empregada com diferentes significados,¹⁴⁵ sendo possível dividir estas ocorrências em dois grandes grupos, de acordo com os critérios de classificação estudados anteriormente.

Na sua aceção subjetiva ou orgânica, ou seja, levando-se em consideração o fato de serem prestados pelo Estado e suas ramificações orgânicas, ou por delegatários estatais, a noção de “serviço público” é encontrada nos seguintes

143 Optou-se por utilizar o vocábulo “conceitue” em detrimento de “defina” devido ao entendimento de que, mesmo sendo conveniente e recomendável que as normas positivadas revistam-se da maior precisão possível, no intuito de evitar a subversão da vontade política que se destina a traduzir e impor, o alcance e utilidade do instituto do serviço público seria prejudicado por uma redação demasiadamente restritiva, traduzida uma “definição”, restando conveniente a opção do legislador constitucional em não positivar uma “definição”, o que permite uma maior flexibilidade ao intérprete.

144 Neste sentido, Dinorá Adelaide Musetti Grotti, valendo-se da doutrina de Carlos Ari Sundfeld, Eros Roberto Grau, Marçal Justen Filho e Odete Medauar elenca as seguintes possíveis motivações estatais para a caracterização de certas atividades como serviços públicos: “(...) retirar da especulação privada setores delicados; propiciar o benefício do serviço aos menos favorecidos; suprir carência da iniciativa privada; favorecer o progresso técnico; ordenar o aproveitamento de recursos finitos (como os hidroelétricos); controlar a utilização de materiais perigosos (como os potenciais nucleares); favorecer o rápido desenvolvimento nacional; realizar a justiça social; manter a unidade do país e assim por diante; realizar certos valores fundamentais assumidos pela nação; ser indispensável à consecução e coesão social. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público....** Op. Cit.. p. 88.

145 A metodologia utilizada para a aferição consistiu em busca eletrônica realizada na versão compilada da Constituição Federal de 1988 disponível no endereço eletrônico da Presidência da República, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 05 de julho de 2015.

dispositivos constitucionais: arts. 37, XIII;¹⁴⁶ 39 § 7º;¹⁴⁷ 40, III e § 16;¹⁴⁸ 136, § 1º, II;¹⁴⁹ ADCT arts. 2º, § 1º;¹⁵⁰ 8º § 4º;¹⁵¹ 19¹⁵² e 53, I.¹⁵³

No que diz respeito ao sentido objetivo, referindo-se especificamente aos parâmetros constitutivos das atividades a serem desempenhadas, em detrimento de se entrar no mérito sobre quem seja responsável por sua prestação, os principais dispositivos constitucionais são: arts. 21, X, XI, XII, XIV, XV e XXIII;¹⁵⁴ 25 § 2º;¹⁵⁵ 30,

146 CF/88: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XIII - é vedada a vinculação ou equiparação de quaisquer espécies remuneratórias para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público”.

147 CF/88: “Art. 39. (...) § 7º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade”.

148 CF/88: “Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (...) III - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no *serviço público* (...) § 16 - Somente mediante sua prévia e expressa opção, o disposto nos §§ 14 e 15 poderá ser aplicado ao servidor que tiver ingressado no serviço público até a data da publicação (...)”.

149 CF/88: “Art. 136. (...) § 1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes: (...) II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes”.

150 CF/88: “ADCT art. 2º. (...) § 1º Será assegurada gratuidade na livre divulgação dessas formas e sistemas, através dos meios de comunicação de massa cessionários de serviço público”.

151 CF/88: “ADCT art. 8º. (...) § 4º Aos que, por força de atos institucionais, tenham exercido gratuitamente mandato eletivo de vereador serão computados, para efeito de aposentadoria no serviço público e previdência social, os respectivos períodos”.

152 CF/88: “ADCT art. 19. Os servidores públicos civis da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta, autárquica e das fundações públicas, em exercício na data da promulgação da Constituição, há pelo menos cinco anos continuados, e que não tenham sido admitidos na forma regulada no art. 37, da Constituição, são considerados estáveis no serviço público”.

153 CF/88: “ADCT art. 53. Ao ex-combatente que tenha efetivamente participado de operações bélicas durante a Segunda Guerra Mundial, nos termos da Lei nº 5.315, de 12 de setembro de 1967, serão assegurados os seguintes direitos: I - aproveitamento no serviço público, sem a exigência de concurso, com estabilidade”.

154 CF/88: “Art. 21. Compete à União: (...) X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que

V;¹⁵⁶ 37, § 6º;¹⁵⁷ 54, I, “a”;¹⁵⁸ 61, § 1º, II, “b”;¹⁵⁹ 139, VI;¹⁶⁰ 145, II;¹⁶¹ 175;¹⁶² 198;¹⁶³ 202, § 5º;¹⁶⁴ 223;¹⁶⁵ 241;¹⁶⁶ ADCT art. 66.¹⁶⁷

A partir do rol elencado, é possível tecer uma série de considerações imprescindíveis para a compreensão do papel relegado ao instituto dos serviços públicos no ordenamento jurídico brasileiro.¹⁶⁸

A primeira conclusão, singela porém relevante, a que se chega através da leitura dos dispositivos constitucionais supracitados é a de que a Constituição

transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; (...) XIV - organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para a execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio; XV - organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional; (...) XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições 9 (...)”.

155 CF/88: “Art. 25. (...) § 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação”.

156 CF/88: “Art. 30. Compete aos municípios: (...) V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”.

157 CF/88: “Art. 37. (...) § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

158 CF/88: “Art. 54. Os Deputados e Senadores não poderão: I - desde a expedição do diploma: a) firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes”.

159 CF/88: “Art. 61. (...) § 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...) II - disponham sobre: (...) b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios”.

160 CF/88: “Art. 154. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas: (...) VI - intervenção nas empresas de serviços públicos”.

161 CF/88: “Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”.

162 CF/88: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

163 CF/88: “Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (...)”.

164 CF/88: “Art. 202. (...) § 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada”.

165 CF/88: “Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal”.

166 CF/88: “Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial

brasileira reconhece os serviços públicos como instituto jurídico estruturante do ordenamento jurídico. Esta constatação, aliada ao fato de que, desde 1934, a ideia de serviço público permeia os textos constitucionais pátrios, demonstra que, ao menos no que diz respeito ao caso brasileiro, não há que se falar em “crise” da noção de serviço público e sim em “evolução”, conforme os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, transcritos no item 1.2 deste capítulo.

Uma vez constatada a validade da noção de serviço público perante o ordenamento jurídico nacional, percebe-se que, apesar de a expressão serviço público permear o texto constitucional, espalhando-se por diversos de seus dispositivos, o legislador constitucional optou por não apresentar conceito ou definição para o instituto,¹⁶⁹ tarefa assumida pela doutrina, conforme será verificado no item 2.2 deste capítulo.

Percebe-se que a Constituição, em seus artigos 21, X, XI, XII, XIV, XV e XXIII; 25 § 2º; 30, V, elencou determinados serviços como públicos e os partilhou entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Importante ressaltar que, conforme sustenta a doutrina majoritária, esta relação não é exaustiva,¹⁷⁰ ou seja, outras atividades podem ser erigidas à qualidade de serviços públicos, por Emenda Constitucional ou Lei infraconstitucional desde que respeitados os preceitos constitucionais, tais como os referentes à ordem econômica, contidos no Título VII da Constituição Federal, com destaque para a limitação imposta pelo art. 173, no sentido de condicionar a exploração direta de atividade econômica pelo Estado aos “imperativos de segurança nacional” e a “relevante interesse coletivo”.¹⁷¹

de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos”.

167 CF/88: ADC art. 66. São mantidas as concessões de serviços públicos de telecomunicações atualmente em vigor, nos termos da lei”.

168 Antes mesmo de iniciar o estudo dos dispositivos constitucionais supracitados, é imprescindível compreender que, nos arts. 37, XIII; 39 § 7º; 40, III e § 16; ADCT arts. 8º § 4º; 19 e 53, a locução “serviço público” é empregada como sinônimo de “Administração Pública”, notadamente ao fazer referência entre vínculo estabelecido entre esta e seus servidores, sendo portanto, irrelevantes para a compreensão da acepção de serviço público como objeto de estudo desta obra.

169 Marçal Justen Filho ao discorrer sobre o conceito constitucional de serviço público, refere-se a um núcleo semântico, material, que consiste na referibilidade do serviço à realização do interesse público, entendido como afirmação da supremacia da dignidade da pessoa humana. JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “Personalização” do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. nº 26, São Paulo: Malheiros, p. 115-136, 1999. p. 120-121.

170 Nesse sentido, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Natureza e regime jurídico...** *Op. Cit.* p. 607-610; DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 106; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva. p. 20-22; GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 157.

171 Este entendimento é respaldado pela publicação da Lei nº 9.074/95, que, ao estabelecer normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos, que especifica

O texto constitucional também é claro ao possibilitar a delegação da prestação dos serviços públicos, mediante concessão ou permissão, conforme se depreende da leitura do *caput* do art. 175. Estas possibilidades de delegação da prestação dos serviços públicos serão detalhadas no item quatro deste capítulo.

2.2. Conceito(s) de serviço público, critérios de definição e sentidos atribuídos à locução pela doutrina e jurisprudência brasileiras

Tendo em vista o fato de a Constituição Federal de 1988 não trazer um conceito explícito de serviço público, torna-se imprescindível socorrer-se da doutrina a fim de verificar o significado da noção trazida pelo texto constitucional e a amplitude que se pode conferir à sua aplicabilidade.

Sendo assim, primeiramente cabe compilar as noções, conceitos e definições presentes nas obras de alguns dos mais proeminentes publicistas brasileiros além de verificar os parâmetros classificatórios e os princípios elencados por estes doutrinadores como norteadores da aplicabilidade do instituto ao ordenamento jurídico pátrio.¹⁷²

Por fim, cabe verificar, de que forma o disposto nas normas positivadas, em cotejo com a “leitura” feita pelos doutrinadores a respeito da noção de serviço público, é posta em prática pelo Supremo Tribunal Federal.

2.2.1. Sentidos atribuídos pela doutrina brasileira à noção de serviço público

Desde o início do século XX os publicistas brasileiros debruçaram-se sobre o

alguns serviços públicos inexistentes no rol constitucional dos serviços de competência da União.

172 O alerta sobre a evidente “abertura conceitual” presente na noção do instituto jurídico dos serviços públicos está presente na obra de praticamente todos os estudiosos que se debruçam sobre o assunto. A síntese formulada por Daniel Wunder Hachem parece compilar, de forma bem sucedida este, que é talvez o único aspecto do estudo dos serviços públicos sobre o qual não pairam divergências doutrinárias. O autor afirma que: “O serviço público consiste em um dos capítulos mais clássicos, mais controvertidos e mais cambiantes do Direito Administrativo. Seu conceito tem se transformado ao longo dos anos, adquirindo sentidos diferentes em cada momento histórico e em cada ordenamento jurídico. Nem mesmo delimitando-se os aspectos temporal e espacial é possível encontrar uma acepção unívoca: num mesmo Estado, no mesmo instante, haverá tantos conceitos de serviço público quanto forem os autores que sobre ele vierem a dissertar”. HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão – Repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 3, n. 11, Belo Horizonte, Fórum, p. 123-158, jan./mar. 2014. p. 123-124.

tema dos serviços públicos, a fim de compreendê-lo e estipular critérios norteadores para a sua aplicação prática no ordenamento jurídico nacional.¹⁷³

A mudança de paradigma trazida pela constituição de 1937, quando os serviços públicos passam a ser encarados formalmente como atividades pertencentes ao Estado e prestados sob um regime jurídico especial, consolida-se com a doutrina e Themistocles Brandão Cavalcanti, muito influenciado pela Escola de Bordeaux, principalmente pela obra de Jèze, que, em linhas gerais, conceitua os serviços públicos como aqueles prestados pelo Estado, sob regime jurídico dotado de prerrogativas, garantias e sujeições específicas, objetivando o atendimento das necessidades coletivas.¹⁷⁴

Segundo Themistocles “O essencial no serviço público é o regime jurídico a que obedece, a parte que tem o Estado na sua regulamentação, no seu controle, os benefícios e os privilégios de que goza, o interesse coletivo a que visa atender”.¹⁷⁵

Percebe-se que, apesar da relativa indeterminação de seu conceito, o autor supracitado tem o mérito de elencar três dos fatores primordiais que viriam a nortear, ainda que com variações, a doutrina que lhe sucederia, quais sejam: a) um interesse coletivo que precisa ser atendido; b) a eleição do Estado como ente apto a satisfazer esse interesse e c) a utilização de um regime jurídico específico com prerrogativas e sujeições que o diferenciasssem do regime jurídico privado.

Rui Cirne Lima, classifica o serviço público como “todo serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, que, por isso mesmo, tem de ser prestado aos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou outra pessoa administrativa”.¹⁷⁶ Percebe-se que o conceito de “serviço existencial” exposto pelo autor, possui significado similar ao de

173 Não se pretende, neste trabalho, tecer uma linha cronologia precisa, nem apresentar rol taxativo, com a pretensão de esgotar todos os autores que se dedicaram ao estudo do tema, mas sim apresentar algumas ponderações tecidas por alguns eminentes publicistas brasileiros a fim de verificar pontos em comum que permitem a consolidação de uma noção razoavelmente abrangente do instituto jurídico dos serviços públicos. Sendo assim, não cabe entrar em detalhes sobre os primeiros juristas que se dedicaram ao estudo do tema no Brasil República, como Viveiros de Castro, em 1914, Aarão Reis, em 1923 e Matos de Vasconcelos, em 1936, antes da mudança de paradigma ocorrida com a Constituição de 1937, conforme estudado no item 1.1 deste capítulo. Para mais informações sobre os primórdios da “doutrina do serviço público” no Brasil, ver: CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo...** *Op. Cit.* p. 86-87.

174 SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos....** *Op. Cit.* p. 46-47.

175 CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Tratado de direito administrativo**. 5.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964. v. 2, p. 55. Apud: SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos....** *Op. Cit.* p. 47.

176 LIMA, Rui Cirne. **Princípios de direito administrativo brasileiro**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria Sulina, 1954, p. 84.

“necessário ao atendimento das necessidades coletivas” proposto anteriormente por Themistocles Brandão Cavalcanti.

Para José Cretella Júnior, serviço público é “aquele que, visando ao bem coletivo ou certa finalidade, o Estado ou a Administração prestam, direta ou indiretamente, ao público. É o serviço prestado pelo Público ao público”.¹⁷⁷

Hely Lopes Meirelles, afirmando, mediante prévia advertência, que ao tratar dos serviços públicos, engloba tanto os serviços públicos em sentido estrito quanto os serviços de utilidade pública. Daí o conceito amplíssimo oferecido pelo autor ao afirmar que “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.¹⁷⁸

Eros Roberto Grau, ao discorrer sobre o aspecto econômico dos serviços públicos, elenca a finalidade da consecução da coesão e interdependência sociais como objetivo primordial a que os serviços públicos se destinam a atender. Para o autor, é imprescindível acrescentar a vinculação constitucional ao conceito do instituto jurídico dos serviços públicos, sendo assim:

Serviço público, assim, na noção que dele pretendemos enunciar, é a atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como indispensável, em determinado momento histórico, à realização e ao desenvolvimento da coesão e da interdependência social (Duguit) – ou, em outros termos, atividade explícita ou supostamente definida pela Constituição como serviço existencial relativamente à sociedade em um determinado momento histórico (Cirne Lima).¹⁷⁹

Celso Antônio Bandeira de Mello, ao declarar os serviços públicos como “uma das mais importantes noções do direito administrativo brasileiro”,¹⁸⁰ constrói um conceito a partir de uma concepção restrita, e afirma que:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo

177 CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo...** *Op. Cit.* p. 103.

178 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 387.

179 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 131-132.

180 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 689.

ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo.¹⁸¹

O conceito oferecido pelo autor é peculiarizado pela locução “fruível singularmente pelos administrados”, dando relevo ao parâmetro da singularidade da fruição que, conforme será estudado no tópico 2.2.2 deste capítulo, na visão de alguns outros autores, caracteriza apenas um parâmetro classificatório da noção de serviço público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ponderando que pretende distinguir o “serviço público propriamente dito” das demais atividades administrativas de natureza pública (polícia, fomento e intervenção), assevera que o serviço público é: “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente de direito público”.¹⁸² A definição apresentada merece destaque por flexibilizar o regime jurídico ao qual o serviço público deve estar submetido.

Com sentido similar à autora supracitada, no que diz respeito à necessidade de submissão dos serviços públicos ao regime jurídico de direito público, José dos Santos Carvalho Filho conceitua serviço público como “toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade”.¹⁸³

Ainda no que diz respeito ao oferecimento de um conceito para o instituto dos serviços públicos,¹⁸⁴ Marçal Justen filho merece destaque por conceituar a noção de serviços públicos de forma extremamente precisa e detalhista, conseguindo, de forma extremamente objetiva, sintetizar as noções oferecidas pelos demais doutrinadores, relegando atenção proporcional aos critérios subjetivo, material e formal. Segundo o doutrinador:

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente

181 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso.... Op. Cit..** p. 687.

182 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 104.

183 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011. p. 297.

184 O autor, na verdade, é um dos poucos que se “arrisca” a extrapolar a noção de conceito, oferecendo o que ele próprio, textualmente, chama de “definição”.

a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.¹⁸⁵

O autor destrincha a definição apresentada em subtópicos destinados a explicar cada um dos componentes de que se valeu para a construção da ideia.¹⁸⁶

No que diz respeito ao vocábulo “atividade”, Marçal explica que o termo “significa a necessidade de estruturas humanas e materiais para atuação permanente e sistemática. Sem essas estruturas organizacionais não existe serviço público”.¹⁸⁷ O fato de ser “pública”, diz respeito à “atribuição da titularidade do serviço público ao Estado. Mas é possível a delegação do serviço público à prestação por particulares. Isso não desnatura a existência de um serviço público, o qual será executado por particulares delegados do Estado”.¹⁸⁸

Marçal Justen filho prossegue explicando que o vocábulo “administrativa” é aplicado para explicitar a opção do autor por um conceito restrito de serviço público, excluindo as atuações na natureza legislativa e jurisdicional, uma vez que “prestar um serviço público não abrange compor jurisdicionalmente um litígio nem produzir uma lei”.¹⁸⁹ O fato de os serviços públicos dizerem respeito à “satisfação concreta de necessidades” significa que “não abrange o exercício de competências políticas inerentes à organização política do Estado, que traduzam o monopólio estatal da violência e outras competências reflexas, que se relacionam à concepção de que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente””.¹⁹⁰

No que diz respeito à “individualidade ou transindividualidade” das necessidades a serem satisfeitas pelo serviço público, o autor explica, em nítida contraposição à noção apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello, que:

185 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. 2014. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 727.

186 Optou-se nesta obra por fazer uma análise mais detida das ideias apresentadas por Marçal Justen filho que, dentre os autores consultados, demonstrou ser possuidor de um grande poder de sistematização e objetividade no trato do assunto, adequando às pretensões meramente instrumentais deste tópico em relação ao trabalho como um todo. Trata-se de escolha objetiva que, sem qualquer juízo de valorização ou predileção sobre as fontes de pesquisa, se mostra adequada ao objetivo global da pesquisa, sem qualquer prejuízo para a notória isenção que deve servir de fundamento para a elaboração de qualquer trabalho científico.

187 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso.... Op. Cit.** p. 727.

188 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso.... Op. Cit.** p. 727.

189 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso.... Op. Cit.** p. 727.

190 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso.... Op. Cit.** p. 728.

O serviço público produz a satisfação de necessidades individuais, homogêneas ou não, assim como a de interesses transindividuais (coletivas ou difusas). Isso significa não adotar a concepção de que apenas existiriam serviços públicos quando fossem produzidas utilidades fruíveis individualmente pelo usuário. Reputa-se que existem serviços públicos fruíveis individualmente e outros cuja fruição se faz coletivamente. Varrer ruas é um serviço público que não é fruível individualmente. Já o fornecimento doméstico de energia é um serviço público que atende interesses difusos, coletivos e individuais. Aliás, há forte tradição em classificar os serviços públicos em fruíveis *uti singuli* e *uti universi*, o que influencia, inclusive, a disciplina tributária. A questão da fruição individual ou coletiva da utilidade tem relevância para a disciplina da remuneração cabível, não como pressuposto da configuração do serviço público.¹⁹¹

O autor prossegue explicando que a inserção da locução “materiais ou imateriais” visa assegurar a compreensão de que os serviços públicos não se traduzem apenas na oferta de uma ou de outra modalidade de utilidade. No que diz respeito ao “vínculo direto a um direito fundamental”, Marçal esclarece que o principal elemento norteador das atividades prestacionais decorrentes dos serviços públicos é a “satisfação dos direitos fundamentais, relacionados à dignidade humana”,¹⁹² e pondera que “há atividades estatais que não se orientam a promover, de modo direto e imediato, os direitos fundamentais. Essas atividades não são serviços públicos e, bom por isso, não estão sujeitas ao regime de direito público. O exemplo é a atividade econômica em sentido restrito, desenvolvida com recursos estatais e sob regime de direito privado”.¹⁹³

A locução “insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada” é um mecanismo destinado a limitar a abrangência do que se possa compreender como serviço público.¹⁹⁴ Sobre isso, Marçal assevera que “é um equívoco insuperável supor que toda e qualquer atividade, simplesmente porque direta e imediatamente necessária à satisfação de um direito fundamental, seja

191 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso.... Op. Cit.** p. 728.

192 Maria Sylvia Zanella Di Pietro critica este componente da noção apresentada por Marçal, ao afirma que o autor “adota um conceito também restritivo, vinculando a prestação do serviço público à satisfação de um direito fundamental (o que é discutível, quando se pensa em serviços como o de navegação aérea e o de portos, dentre outros). DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 104.

193 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso.... Op. Cit.** p. 729.

194 Esta noção também é criticada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que afirma ser “discutível, quando se pensa que os serviços sociais, como saúde, educação, cultura, assistência, previdência são considerados serviços públicos quando prestados pelo Estado, sem que isto impeça a livre iniciativa dos particulares para atuarem na mesma área”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo....** p. 104-105.

automaticamente um serviço público”.¹⁹⁵

Por fim, ao fazer uso das locuções “qualificado legislativamente” e “executado sob regime de direito público”, o autor pretende enquadrar a definição ao aspecto formal, inerente à noção de serviço público. A assume uma postura rígida no que diz respeito à obrigatoriedade da submissão do serviço público ao regime de direito público e assevera que:

Alguns autores têm cogitado e serviços públicos prestados sob regime de direito privado, o que se traduziu concretamente na regulação dos serviços de telecomunicação. Rigorosamente, serviço público sob regime de direito privado é uma contradição em ter. A aplicação do regime de direito privado desnatura o serviço público. A expressão “serviço público sob regime de direito privado” indica serviços privados subordinados a uma regulação jurídica intensa. Tal como exposto anteriormente, existe um conjunto de atividades (que pode ser referido como serviço de interesse econômico geral) que não se configura como serviço público, mas que se subordina a uma regulação estatal muito intensa.¹⁹⁶

Percebe-se, através do sentido empregado pelos diversos autores analisados à noção de serviço público, que há pontos razoavelmente pacificados, como por exemplo a concepção subjetiva, que diz respeito à titularidade estatal e possibilidade de delegação de acordo com os parâmetros estipulados pelo art. 175 da Constituição Federal. Também é consensual a noção de que, objetivamente, os serviços públicos destinam-se, em última instância à satisfação de direitos fundamentais e, do ponto de vista formal, a percepção de que só podem ser considerados serviços públicos aquelas atividades prestacionais elencadas pela Constituição Federal ou por Leis com ela compatíveis.

As maiores discrepâncias, que impedem uma uniformidade doutrinária a respeito da disciplina dos serviços públicos parecem residir na determinação dos parâmetros norteadores da intromissão estatal na prestação de atividades econômicas e na caracterização desta atuação estatal como serviço público, e também na possibilidade de flexibilização, ou não, do regime jurídico aplicável à execução dos serviços públicos, notadamente no que diz respeito à sua execução por particulares.

Devido à complexidade dos temas supracitados e à imprescindibilidade de sua compreensão para a resolução do “problema” a que este trabalho se destina a

¹⁹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso.... Op. Cit..** p. 730.

¹⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso.... Op. Cit..** p. 731.

resolver, eles serão tratados com mais vagar no item 3 deste capítulo.

2.2.2. Classificação

Convém, a fim de sistematizar o estudo acerca da noção de serviço público no ordenamento jurídico brasileiro, analisar alguns critérios de classificação tradicionalmente apontados pela doutrina como relevantes para a compreensão das nuances intrínsecas ao instituto jurídico.

Alguns desses critérios são: a) serviços administrativos e de utilidade pública (econômicos ou sociais); b) serviços *uti singuli* (singulares) e *uti universi* (coletivos); c) delegáveis e indelegáveis e d) serviços públicos propriamente ditos (essenciais) e serviços de utilidade pública (não essenciais).

A distinção entre os serviços administrativos e os de utilidade pública reside no fato de a primeira categoria referir-se aos “que a administração executa para atender a suas necessidades internas ou preparar outros serviços que serão prestados ao público, tais como os da imprensa oficial, das estações experimentais e outros dessa natureza”,¹⁹⁷ ao passo que os segundos são os que se destinam diretamente aos indivíduos, ou seja, são proporcionados para a sua fruição direta.¹⁹⁸

Os serviços de utilidade pública podem ser divididos em sociais e econômicos. Os sociais são destinados ao atendimento de necessidades coletivas contidas no capítulo 6º da Constituição Federal (Direitos fundamentais), em que a atuação do estado é indispensável.¹⁹⁹ Os econômicos, na visão de José dos Santos Carvalho Filho, são aqueles que “embora classificados como serviços públicos, rendem ensejo a que o prestador aufera lucros oriundos de sua execução, tendo esse tipo de atividade fisionomia similar à daquelas de caráter tipicamente empresarial (industrial e comercial)”.²⁰⁰

197 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo....** Op. Cit.. p. 390. No mesmo sentido, ver: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual....** Op. Cit. p. 300. Esta noção é criticada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que afirma ser a expressão equívoca porque também pode ser utilizada em sentido mais amplo para abranger todas as funções administrativas (executivas) distinguindo-as das legislativas e jurisdicionais, e ainda para indicar os serviços que não são usufruídos diretamente pela comunidade, em sentido similar à acepção de serviços *uti universi*. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** Op. Cit.. p. 116.

198 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual....** Op. Cit. p. 300

199 Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** Op. Cit.. p. 117. No mesmo sentido, ver: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual....** Op. Cit. p. 300.

200 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual....** Op. Cit. p. 300-301. Hely Lopes Meirelles denomina esta categoria de “serviços industriais” e adverte que, por serem atividades impróprias do estado, devem obedecer aos preceitos do art. 173 da CF/88. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo....** Op. Cit.. p.390-391. Em posição contrária à defendida por Hely Lopes

Quanto aos destinatários, os serviços públicos podem ser classificados em coletivos (*uti universi*) e singulares (*uti singuli*). Entretanto, importante ressaltar que, independentemente de quem seja o destinatário, os serviços devem ser disponibilizados pelo estado. A relevância dessa classificação afeta a modalidade tributária da qual o Estado se valerá para o custeio.²⁰¹

Os serviços públicos coletivos, são aqueles prestados à coletividade e, portanto, usufruídos apenas indiretamente pelos indivíduos. Estes serviços são prestados a usuários indeterminados e indetermináveis, não sendo possível, justamente por isso, a mensuração individualizada do uso, fazendo com que, sua fonte de custeio sejam os impostos e as contribuições especiais. A doutrina é uníssona em apresentar o fornecimento de iluminação pública como exemplo deste tipo de serviço.^{202_203}

Os serviços públicos *uti singuli*, por sua vez, são aqueles que têm por finalidade a satisfação individual e direta das necessidades do indivíduo. Estes serviços têm usuários determinados (ou, ao menos, determináveis), sendo possível a mensuração individualizada da utilização por parte de cada usuário. Os serviços de fornecimento de água e energia elétrica são os mais comumente citados pela

Meirelles, a respeito dos serviços públicos econômicos, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que: “O Estado pode executar três tipos de atividade econômica: a) uma que é reservada à iniciativa privada pelo artigo 173 da Constituição e que o Estado só pode executar por motivo de segurança nacional ou relevante interesse coletivo; quando o Estado a executa, ele não está prestando serviço público (pois este só é assim considerado quando a lei o define como tal) , mas intervindo no domínio econômico; está atuando na esfera de ação dos particulares e sujeita-se obrigatoriamente ao regime das empresas privadas, salvo algumas derrogações contidas na própria Constituição; b) outra que é considerada atividade econômica, mas que o Estado assume em caráter de monopólio, como é o caso da exploração de petróleo, de minas e jazidas, de minérios e minerais nucleares (arts. 176 e 177 da Constituição, com as alterações introduzidas pelas Emendas Constitucionais 6 e 9, de 1995); c) e uma terceira que é assumida pelo Estado como serviço público e que passa a ser incumbência do Poder Público; a este não se aplica o artigo 173, mas o artigo 175 da Constituição, que determina a sua execução direta pelo Estado ou indireta, por meio de concessão ou permissão; é o caso dos serviços de transportes, energia elétrica, telecomunicações e outros serviços previstos nos artigos 21, XI e XII, e 25, § 2º, da Constituição, alterados, respectivamente, pelas Emendas Constitucionais 8 e 5, de 1995; esta terceira categoria corresponde aos serviços públicos comerciais e industriais do Estado”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.... Op. Cit.** p. 116.

201 FURTADO. Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2012. p. 616.

202 Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.... Op. Cit.** p. 117. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual.... Op. Cit.** p. 300. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo....Op. Cit.** p. 391-394. Importante ressaltar que, ao menos aparentemente, Celso Antônio Bandeira de Mello nega a existência desta categoria, uma vez que em seu conceito, transcrito literalmente no item anterior teste capítulo, o autor afirma que um dos elementos caracterizadores do serviço público é o fato de ser “fruível singularmente pelos administrados”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso... Op. Cit.** p. 687.

203 A posição foi consolidada pelo Supremo Tribunal Federal com a Súmula nº 670: “O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa”.

doutrina.²⁰⁴

No que diz respeito à delegabilidade dos serviços públicos, eles podem ser delegáveis, ou seja, pela sua natureza e pelo fato de assim dispor a Constituição Federal, comportam ser executados tanto pelo Estado quanto por particulares colaboradores; ou indelegáveis (ou exclusivos) que somente podem ser prestados pelos seus próprios órgãos ou agentes.²⁰⁵

Hely Lopes Meirelles também classifica os serviços públicos em propriamente ditos (ou essenciais) e serviços de utilidade pública (não essenciais). Os do primeiro grupo, seriam aqueles destinados à sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, a exemplo da defesa nacional e do serviço de polícia judiciária e administrativa. Como tais serviços exigem a prática de atos de império em relação aos administrados, só podem ser prestados diretamente pelo Estado, sem delegação de terceiros. Os de utilidade pública, por outro lado, seriam aqueles cuja prestação é conveniente para a coletividade, porém não são considerados essenciais, podendo, justamente por isso, ser executados diretamente pelo Estado ou ter sua prestação delegada a particulares, a exemplo do transporte coletivo, energia elétrica e telefonia.²⁰⁶

Os critérios de classificação elencados neste tópico, de forma alguma, pretendem esgotar o tratamento doutrinário do tema, tendo sido selecionados por serem instrumentais à análise a que este trabalho se destina.

204 Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.... Op. Cit.** p. 117. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual.... Op. Cit.** p. 300. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo....Op. Cit.** p. 391-394.

205 Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.... Op. Cit.** p. 118. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual.... Op. Cit.** p. 299. Hely Lopes Meirelles, em posição minoritária, defende classificação em serviços próprios do Estado e serviços impróprios, sendo estes últimos assemelhados à categoria dos delegáveis, posição rechaçada por José dos Santos Carvalho Filho que afirma que “se os serviços se destinam à coletividade, não há como deixar de considerá-los próprios”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual.... Op. Cit.** p. 299.

206 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo....Op. Cit.** p. 389-390. Este critério de classificação é criticada por José dos Santos Carvalho Filho, que assevera depender de “juízos de valor sujeitos à alteração dependendo do tempo e do lugar. Como é sabido, o que é essencial para uns poderá não o ser para outros; daí ser subjetiva essa valoração”. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual.... Op. Cit.** p. 299. Lucas Rocha Furtado defende a utilidade deste critério presente na obra de Hely Lopes, citando o art. 30, V da CF/88, a Lei nº 7.783/89 e a Lei nº 11.473/07, e argumentando que a divisão dos serviços quanto à essencialidade, não obstante não observe parâmetros precisos, possui relevância prática pois “interessa não apenas ao exercício do direito de greve, mas igualmente a situações em que ele esteja ligado à cobrança de tarifas. Se se trata de serviço essencial, a falta de pagamento não pode justificar a suspensão do fornecimento do serviço, o que obriga o prestador a utilizar outros instrumentos para cobrar do usuário o valor devido”. FURTADO, Lucas Rocha. **Curso.... Op. Cit.** p. 618.

2.2.3. Princípios aplicáveis aos serviços públicos

O regime jurídico de cada instituto estrutura-se a partir de um conjunto de princípios que, congregados, lhes confere identidade e norteiam a sua aplicabilidade face o ordenamento jurídico a que pertencem.²⁰⁷ Com os serviços públicos não poderia ser diferente, sendo instituto jurídico dotado de um rol de princípios que tem por objetivo assegurar a qualidade do serviço e oferecer garantias aos usuários.²⁰⁸

Convém iniciar a exposição pelos três princípios clássicos, comuns à generalidade dos serviços públicos, arrolados por Louis Rolland, discípulo de Duguit, nos anos trinta do século XX, quais sejam: a) continuidade, b) mutabilidade (ou adaptabilidade) e c) igualdade.²⁰⁹ Estes três princípios foram assimilados pela doutrina nacional que, apesar de algumas divergências interpretativas a seu respeito, manteve a sua essência. Complementarmente, serão analisados os princípios elencados na Lei nº 8.987/95,²¹⁰ no que extrapolem aos três supracitados.

O princípio da continuidade,²¹¹ que no direito francês era tido como essencial porque ligado à ideia de continuidade do estado,²¹² decorre da indispensabilidade dos serviços públicos e do interesse geral que o serviço satisfaz.²¹³ Sendo assim, a ideia de continuidade refere-se à noção de que os serviços públicos, em virtude de sua essencialidade, devem ser prestados de forma permanente no tempo, sem

207 Como o vocábulo “princípios” apresenta sentidos diversos, importante esclarecer que, neste trabalho, empregar-se-á a noção no sentido a ela atribuído por Celso Antônio Bandeira de Mello, qual seja, a de princípio como “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso... Op. Cit.** p. 974-975.

208 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público....Op. Cit.**, p. 256-257.

209 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso... Op. Cit.** p. 692.

210 Ainda que a Lei nº 8.987/95 trate especificamente de serviços prestados sob regime de concessão e permissão, presume-se que os princípios ali elencados, se não com maior intensidade, devem ser igualmente aplicados aos serviços públicos prestados diretamente pelo Estado.

211 Hely Lopes Meirelles denomina este princípio de “princípio da permanência”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo....Op. Cit.** p. 395.

212 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público...Op. Cit.**, p. 260.

213 Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que o princípio da continuidade do serviço público “é um subprincípio, ou, se se quiser, princípio derivado, que decorre da obrigatoriedade do desempenho da atividade administrativa. Esta última, na conformidade do que se vem expondo, é, por sua vez, oriunda do princípio fundamental da “indisponibilidade, para a administração, dos interesses públicos”, noção que bem se aclara ao se ter presente o significado fundamental já exposto da “relação de Administração”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso... Op. Cit.** p. 84.

interrupções inesperadas, a não ser em hipóteses estritas, previstas em lei.²¹⁴

Importante ressaltar que o parágrafo 3º do art. 6º da lei supracitada estabelece que: “Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade”.²¹⁵

A continuidade, entretanto, não significa necessariamente o direito à existência do serviço público, pois refere-se à dimensão de análise precípua aos serviços que já estão sendo prestados aos usuários. Também é imprescindível não interpretar a continuidade no sentido de que os serviços devem ser ininterruptos, uma vez que, muitos deles, não precisam ser prestados durante todas as horas do dia e durante todos os dias do ano.²¹⁶

Ainda no que diz respeito à característica da essencialidade, da qual deriva o princípio ora analisado, imprescindível mencionar, também, a Lei nº 7.783/89 que, expedida para dar cumprimento ao art. 9º, § 1º, da constituição de 1988, elenca, em rol exemplificativo, os serviços²¹⁷ considerados essenciais e afirma, no parágrafo

214 A esse respeito, o STJ, no julgamento do REsp 935.468, decidiu que a interrupção de serviço público em situação de emergência, ou quando motivado por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações não caracteriza violação ao princípio da continuidade. Confira-se a ementa da decisão: “(...) . O art. 160, I, do Código Civil anterior afasta a ilicitude dos atos praticados no exercício de direito regularmente reconhecido. 4. As Leis 8.987/95 e a 9.427/96 conferem à ANEEL o poder-dever de supervisionar o fornecimento de energia elétrica e de estabelecer os limites aceitáveis de interrupção em caso de emergência, manutenção e outros fatos imprevisos. 5. Nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, o reconhecimento da responsabilidade objetiva está condicionado à existência de serviço defeituoso, definido por seu parágrafo único como o que não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, considerando-se o modo de seu fornecimento, o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam. Em se tratando de serviço público prestado sob o regime de concessão, há que se interpretar sistematicamente o referido dispositivo com as disposições da Lei 8.987/95 (...)”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 935.468/AL. Relatora Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em 24.03.2009. DJe 23.04.2009.

215 A possibilidade de interrupção de serviços considerados essenciais por motivo de inadimplemento do usuário gera grande celeuma doutrinária e jurisprudencial. Sobre esse assunto, ver: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual.... Op. Cit.** p. 305-310.

216 A respeito da distinção entre continuidade e ininterrupção, Egon Bockmann Moreira assevera que: “Há serviços nos quais a continuidade da prestação assim se caracteriza (por exemplo, água e energia elétrica), mas outros assim não podem ser (por exemplo, transporte rodoviário e correios). O que se faz necessário no caso de serviços periódicos é estabelecer com antecedência e tornar pública a uniformidade dos momentos da prestação (quadro das horas de partida e chegada dos ônibus, trens e aviões; horário de funcionamento das agências dos correios e momentos estimado de entrega das correspondências eTc.)”. MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.987/1995 (Parte geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 254.

217 A respeito do rol trazido pela lei nº 7.783/89, Dinorá Adelaide Musetti Grotti assevera que “nem todos os serviços ali enunciados são serviços públicos”. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público....Op. Cit.**, p. 263.

único de seu art. 11, que “são necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população”. Da mesma forma, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, em seu art. 22, consagra, dessa vez fazendo menção específica aos serviços prestados pelo Estado ou por seus delegatários, a obrigatoriedade do fornecimento contínuo dos serviços essenciais.²¹⁸

O princípio da mutabilidade, adaptabilidade ou, nos dizeres da Lei nº 8.987/95, atualidade, deve ser interpretado e aplicado de acordo com duas linhas de raciocínio distintas, porém complementares.²¹⁹ A primeira, diz respeito à necessidade de as técnicas e meios empregados na execução dos serviços públicos não ficarem estagnados, sob pena de não mais atenderem às necessidades a que se prestam. Evidentemente, este princípio deve ser aplicado levando-se em consideração as possibilidades econômicas do Estado ou, nos casos de serviços descentralizados, uma razoabilidade que não faça com que os delegatários sejam demasiadamente onerados por esta necessidade de “modernização”.²²⁰ A segunda, refere-se à necessidade de o serviço público ser dotado de plasticidade capaz de lhe permitir adaptar-se: a) às mudanças das circunstâncias de fato e b) às modificações referentes ao Estado de Direito.²²¹

Quanto à igualdade, terceiro e último princípio clássico dos serviços públicos, no ordenamento jurídico brasileiro, é consequência do princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei, consignado no art. 5º, caput, da Constituição Federal. Constitui uma garantia franqueada a todos os destinatários dos serviços públicos para que lhes seja dispensado igual tratamento jurídico e econômico, sem discriminações injustificadas.²²² Resta claro, portanto, que as discriminações são possíveis, e até desejáveis, desde que justificadas em função das condições de cada usuário, como se depreende da leitura do art. 13 da Lei 8.987/95, ao dispor que “as tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e

218 Para aprofundamento a respeito do princípio da continuidade dos serviços públicos, ver: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público....** Op. Cit., p. 260-287.

219 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público....** Op. Cit., p. 294-296.

220 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...** Op. Cit., p. 694.

221 No tocante a esta segunda acepção da mutabilidade, Dinorá Adelaide Musetti Grotti assevera que: “No primeiro caso, a pessoa pública responsável pelo serviço público pode redimensioná-lo e, em decorrência, modificar a regulamentação ou as condições de execução do contrato. No segundo caso, a pessoa pública responsável pode proceder da mesma maneira, cabendo-lhe arcar com as consequências destas mudanças em matéria contratual. Podem, assim, ser suprimidos serviços inúteis, cujo fundamento jurídico tenha desaparecido”. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público....** Op. Cit., p. 295.

222 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público...** Op. Cit., p. 300-302.

dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários".²²³

O princípio da igualdade pode dizer respeito à impessoalidade na sua prestação e à não discriminação tarifária. No que diz respeito ao primeiro ponto, o prestador do serviço não pode negar a prestação ou determinar a forma como o serviço será prestado, com base em análise subjetiva baseada na identidade dos usuários. Quanto à discriminação tarifária, ela não deve ocorrer, a menos que circunstâncias objetivas determinem a sua conveniência.²²⁴

O princípio da generalidade, também chamado de princípio da universalidade, pode ser considerado um desdobramento do princípio da igualdade, supracitado.²²⁵ Tal princípio refere-se à necessidade de os serviços públicos serem oferecidos, de forma isonômica,²²⁶ a todos os usuários compreendidos numa determinada área de prestação.²²⁷

O princípio da cortesia destina-se a transportar as regras sociais da urbanidade e cortesia, do plano da moral social ao plano jurídico, transformando-as num dever jurídico ao qual os prestadores dos serviços públicos (direitos ou indiretos) devem obrigatoriamente obedecer. A juridicização deste princípio de convívio social faz com que seja possível aplicar, objetivamente, penas disciplinares pelos superiores hierárquicos aos subalternos, no caso da execução direta, e

223 A respeito do princípio da igualdade, Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que "Impende que exista uma adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo. Segue-se que, se o fator diferencial não guardar conexão lógica com a disparidade de tratamentos jurídicos dispensados, a distinção estabelecida afronta o princípio da isonomia. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 2011.

224 FURTADO, Lucas Rocha. **Curso.... Op. Cit.**, p. 611.

225 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público.... Op. Cit.**, p. 288.

226 Consoante explica Marçal Justen Filho, "se o serviço não se destina a ser ofertado a um número indeterminado de usuários, sequer se caracteriza como público. Isso não impede imposição de limites quantitativos na operação do serviço. É óbvio que as dimensões materiais do instrumental necessário à prestação do serviço podem acarretar limites insuprimíveis. Haverá um número máximo de passageiros transportáveis por meio de certo veículo, por exemplo. O que se pretende indicar, porém, é que o serviço público consiste em prestação de utilidades a todos os potenciais interessados, ainda que razões materiais e de segurança possam acarretar a limitação quantitativa. Generalidade consiste em uma peculiaridade de outra natureza, portanto. Caracteriza-se quando se oferta o serviço ao maior número possível de usuários, abrangendo todas as manifestações de necessidade, sem discriminações incompatíveis com o princípio da isonomia. Ofende-se a generalidade não com a mera fixação de limites, mas com o privilégio na eleição dos usuários que serão beneficiados. Outra manifestação da ofensa à generalidade se verifica quando uma parte significativa do universo de usuários não é atendida. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003. p. 306.

227 MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões.... Op. Cit.**, p. 255.

imposição de penalidades pela Administração Pública quando da execução indireta.²²⁸

No que diz respeito ao princípio da modicidade tarifária, em primeiro lugar, deve-se frisar que a ideia contrapõe-se à noção de gratuidade, ou seja, via de regra os serviços públicos serão remunerados, porém, de forma módica, capaz de garantir o acesso dos destinatários.²²⁹ A noção de modicidade diz respeito à cobrança de valores justos e proporcionais ao custo que a atividade representar ao Poder Público ou aos seus delegatários, estipulados de forma a permitir que o serviço público permaneça sendo prestado de forma eficaz aos usuários.²³⁰

O princípio da regularidade diz respeito à vinculação da prestação às regras, normas e condições preestabelecidas para sua consecução. Em certa medida, este princípio é pressuposto cuja desobediência levará, inevitavelmente, à violação de algum ou alguns dos demais princípios atinentes aos serviços públicos.²³¹

O princípio da eficiência nos serviços públicos é decorrência do princípio constitucional da eficiência (CF, art. 37, caput). No que diz respeito à sua aplicabilidade no âmbito dos serviços públicos, será considerado eficiente aquele serviço que garantir a efetivação do benefício social a que se destina, com um mínimo de ônus social.²³²

Por fim, o princípio da segurança remete à execução dos serviços públicos de forma a não colocar em risco a integridade física e emocional, tanto dos usuários

228 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público....** *Op. Cit.*, p. 288. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral....** *Op. Cit.*... p. 306.

229 A esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera que: “em um país como o Brasil, no qual a esmagadora maioria do povo vive em estado de pobreza ou miserabilidade, é óbvio que o serviço público, para cumprir sua função jurídica natural, terá de ser remunerado por valores baixos, muitas vezes subsidiados. Tal circunstância – que não ocorre em países desenvolvidos –, dificulta ou impossibilita a obtenção de resultados bem-sucedidos com o impropriamente chamado movimento das “privatizações”, isto é, da concessão de tais serviços a terceiros para que os explorem com evidentes e naturais objetivos de lucro”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso....** *Op. Cit.*.. p. 695.

230 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual....** *Op. Cit.* p. 310-311. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público....** *Op. Cit.*, p. 290-291. Marçal Justen Filho leciona no mesmo sentido, complementando que “indaga-se se é possível invocar o modicidade tarifária para impor o subsídio ao valor da tarifa. A resposta é positiva. A essencialidade do serviço em vista dos direitos fundamentais poderá acarretar a necessidade de tarifas insuficientes para remunerar o custo do serviço”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso....** *Op. Cit.*.. p. 744.

231 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público....***Op. Cit.*, p. 287. Em sentido diverso, Marçal Justen Filho arrola o princípio da regularidade como subprincípio da eficiência, afirmando que “significa manutenção da prestação do serviço segundo padrões qualitativos e quantitativos uniformes”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral....** *Op. Cit.*... p. 306.

232 MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões....** *Op. Cit.*.. p. 254. Marçal Justen Filho também faz menção ao princípio da eficiência, afirmando que engloba os princípios da regularidade, continuidade e segurança. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral....** *Op. Cit.*... p. 306.

diretos quanto da população como um todo. Sendo assim, determina a adoção de técnicas conhecidas e de todas as providências possíveis capazes de assegurar esta redução de riscos preconizada pelo princípio.²³³

Vale ressaltar que o rol de princípios elencados pela doutrina nacional não é uniforme, havendo os que os apresentam de forma sintética, muitas vezes organizando-os em grupos e subgrupos, enquanto outros dedicam-se a arrolá-los de forma extensiva.²³⁴

2.3. A noção de serviço público na visão do Supremo Tribunal Federal

Assim como ocorre no âmbito doutrinário, não há, no Supremo Tribunal Federal, um consenso sobre a noção de serviço público. As decisões do tribunal refletem, de acordo com a situação fática, a preponderância de algum dos critérios de classificação (subjetivo, material ou formal) sobre os outros, gerando uma jurisprudência abrangente e flexível sobre o assunto.²³⁵

Entretanto, mesmo diante da impossibilidade de se chegar a um conceito de serviço público a partir da visão do STF, em virtude da forma abrangente como o instituto jurídico é tratado, notadamente de forma instrumental para a solução de problemas concretos, cabe analisar, através da compilação de um rol meramente exemplificativo, alguns julgados do tribunal que se prestam a revelar as diversas possibilidades interpretativas referentes a noção de serviços públicos.

O primeiro aspecto digno de análise é a aplicação, pelo STF, da noção subjetiva de serviço público, segundo a qual, conforme visto anteriormente, a prestação do serviço pelo Estado ou por seus delegatários é elemento necessário e suficiente à qualificação de determinada atividade como serviço público.

Neste sentido, ainda que anacronicamente, destacam-se decisões de meados do século XX que estendiam ao Banco do Brasil e à Caixa Econômica

233 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral....** Op. Cit.... p. 306.

234 O rol de princípios arrolados neste tópico representa o conjunto de princípios aos quais a doutrina, mais comumente faz referência, o que entende-se como suficiente para os objetivos aos quais este trabalho se destina. Não se pretendeu, contudo esgotar o tema e elencar todos os princípios mencionados pela doutrina. Para mais informações sobre os princípios específicos dos serviços públicos, ver: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público....** Op. Cit., p. 254-335.

235 VOJVODIC, Adriana de Moraes. Nos labirintos do STF: em busca do conceito de “serviço público”: uma visão a partir do caso “ECT”. In: COUTINHO, Diogo Rosenthal; VOJVODIC, Adriana (Org.). **Jurisprudência constitucional: como decide o STF?**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 418.

Federal as isenções tributárias conferidas aos prestadores de serviços públicos. Dentre as decisões supracitadas, é possível desenvolver um rol, meramente exemplificativo, composto pelos seguintes Recursos Extraordinários: RE nº 16.572, RE nº 18.560, RE nº 21.296 e RE nº 49.521.²³⁶ Percebe-se, nas decisões supracitadas, a forte influência da doutrina de Themistocles Brandão Cavalcanti e de Ruy Cirne Lima, autores que, fortemente influenciados por Jèze, apregoavam a preponderância do critério subjetivo para a qualificação de determinadas atividades como serviço público.²³⁷

Em que pese o evidente anacronismo das decisões supracitadas, que evidentemente já não se amoldam com perfeição à interpretação contemporânea dos preceitos constitucionais, elas se prestam a demonstrar, através da aplicação em casos práticos, a noção, segundo a qual, o critério preponderante para a caracterização do serviço público seria o subjetivo, em detrimento do material, ou mesmo do formal.

No que diz respeito ao critério formal, a emblemática decisão no Recurso Extraordinário nº 49.988,²³⁸ relatado pelo Min. Hermes Lima, reflete a noção de que a Lei é responsável pela qualificação de uma determinada atividade como serviço público.²³⁹ Vale ressaltar que, o critério formal dificilmente será aplicado

236 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 16.572. Relator Min. Mario Guimarães. Julgado em 28.01.1952, publicado em 15.05.1952: “O Banco do Brasil, como encarregado que é de serviço público federal, goza de isenção de impostos federais, estaduais e municipais”; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 18.560. Relator Min. Nelson Hungria. Julgado em 15.10.1951, publicado em 21.11.1951: “O Banco do Brasil é um delegado de serviços públicos federais e, como tal, goza de imunidade fiscal, nos termos do art. 31, v, letra a, da Constituição. Não há distinguir, para o efeito dessa imunidade, entre suas atividades de caráter público e suas atividades de caráter privado, pois umas e outras de tal forma se conjugam, que constituem uma unidade indissolúvel. Mesmo os imóveis por ele adquiridos para sede de seu estabelecimento principal ou de suas agências estão afetados, inseparavelmente, aos seus fins públicos e privados”; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 49.521. Relator Min. Antônio Villas Boas. Julgado em 22.02.1962, publicado em 02.07.1952: “A Caixa Econômica Federal, serviço público federal, goza de imunidade tributária do artigo 31 da constituição da República, não podendo o Estado Lançar impostos sobre os seus bens”.

237 SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos...** *Op. Cit.* p. 68.

238 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 49.988. Relator Min. Hermes Lima. Julgado em 30.08.1963, publicado em 03.10.1963: “Organização de serviços públicos municipais. Entre estes estão os serviços funerários. Os municípios podem, por conveniência coletiva e por lei própria, retirar a atividade dos serviços funerários do comércio comum”.

239 Na mesma linha, julgamento de recurso extraordinário, relatado pelo Min. Carlos Velloso em 2004, demonstra entendimento semelhante a respeito da possibilidade de o município qualificar, através de lei municipal, os serviços funerários como públicos: “deve-se considerar a competência constitucional do Município para fixar o rol dos serviços públicos que a população local necessita, valendo salientar que, “no caso de Santo André, os serviços funerários e de cemitérios são assumidos como serviço público por força não apenas de lei ordinária, mas da própria Lei Orgânica do Município (...) os serviços funerários não são atividades exploráveis economicamente pela iniciativa privada em regime de mercado e competição, sendo certo que

isoladamente, uma vez que, presumivelmente, edição de Lei qualificadora de determinado serviço como público, como é o caso dos serviços funerários, de que trata o acórdão supracitado, baseia-se, preponderantemente, numa análise material de seu objeto, prestando-se apenas a positivar os resultados desta análise. Ou seja, em última instância, o critério formal para a qualificação de determinado serviço como público, deve ser utilizado apenas como complementar a uma presumível análise material da atividade que se pretende qualificar como tal.

Apesar do que foi exposto anteriormente, numa tentativa de demonstrar que o Supremo Tribunal Federal, em casos isolados, utiliza os critérios subjetivos e formais para a qualificação dos serviços públicos, o critério material de mostra predominantemente utilizado pela corte para a qualificação dos serviços públicos, restando os dois outros como coadjuvantes, em muito casos indispensáveis à efetivação da eleição feita com base em critérios materiais. No que diz respeito ao critério formal, a positivação da caracterização de determinado serviço como público parece indispensável para a sua validade perante o ordenamento jurídico. O critério subjetivo, em contrapartida, não parece ser passível de uma utilização binária em vista da crescente relativização da indispensabilidade da execução dos serviços públicos pelo Estado ou por seus delegatários.²⁴⁰

tais serviços, cuja titularidade legal é dos Municípios, por intermédio da autarquia recorrente, se submetem a regime de direito público". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1221.. Relator Min. Carlos Velloso. Julgado em 09.10.2003, publicado em 31.10.2003.

- 240 Esta flexibilização mostra-se evidente em dois julgados do Superior Tribunal Federal (sem qualquer pretensão de esgotar o tema). O primeiro deles, trata do reconhecimento, em julgamento acerca da necessidade de realização de concurso público para a contratação de empregados, por parte da Ordem dos Advogados do Brasil, onde o tribunal reconhece a instituição como "serviço público independente": "EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 79 DA LEI N. 8.906, 2ª PARTE. "SERVIDORES" DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELESTISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA. CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A Lei n. 8.906, artigo 79, § 1º, possibilitou aos "servidores" da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria. 2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências".

No que diz respeito especificamente à utilização do critério material (ou objetivo), preponderantemente utilização pelo STF para a qualificação dos serviços públicos,²⁴¹ diversos julgados merecem destaque, a começar pelos casos que envolvem a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos onde, por diversas vezes, o tribunal reafirmou seu entendimento de que as atividades desempenhadas pela empresa pública são serviços públicos.²⁴²

Em outra oportunidade, ao examinar recurso extraordinário em caso que

5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação é formal e materialmente necessária. 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. 7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional. 8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente. 9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao caput do artigo 79 da Lei n. 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB. 10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB. 11. Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade. 12. Julgo improcedente o pedido. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3026. Relator Min. Eros Grau. Julgado em 08.06.2006, publicado em 29.09.2006. A segunda, trata-se de decisão onde a corte, por votação majoritária, julgou parcialmente procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1923, dando interpretação conforme a Constituição às normas que dispensam licitação em celebração de contratos de gestão firmados entre o Poder Público e as organizações sociais para a prestação de serviços públicos de ensino, pesquisa científica, desenvolvimento tecnológico, proteção e preservação ao meio ambiente, cultura e saúde. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3026. Relator Min. Eros Grau, julgado em 08.06.2006, publicado em 29.09.2006.

- 241 Sobre a utilização do critério material para a qualificação dos serviços públicos, especificamente no que diz respeito à distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito, confira-se trecho da ementa: "(...) 1. Esta Corte em oportunidades anteriores definiu que a aprovação, pelo Legislativo, da indicação dos Presidentes das entidades da Administração Pública Indireta restringe-se às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Precedentes. 2. As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. 3. Distinção entre empresas estatais que prestam serviço público e empresas estatais que empreendem atividade econômica em sentido estrito. 4. O § 1º do artigo 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público. 5. A intromissão do Poder Legislativo no processo de provimento das diretorias das empresas estatais colide com o princípio da harmonia e interdependência entre os poderes. A escolha dos dirigentes dessas empresas é matéria inserida no âmbito do regime estrutural de cada uma delas. 6. Pedido julgado parcialmente procedente para dar interpretação conforme a Constituição à alínea "d" do inciso XXIII do artigo 62 da Constituição do Estado de Minas Gerais, para restringir sua aplicação às autarquias e fundações públicas, dela excluídas as empresas estatais, todas elas. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1642. Relator Min. Eros Grau. Julgado em 03.04.2008, publicado em 19.09.2008.

dizia respeito a pedido de indenização contra a União, formulado por sociedade empresária que alegava que, em função de extinção de empresa federal de navegação fluvial, da qual dependia para fins de transporte de matéria prima, seu empreendimento restou inviabilizado, o STF utilizou o conceito material de serviço público para determinar se o transporte fluvial deveria ou não ser qualificado como tal. O pedido de indenização baseava-se na premissa de que, por estar elencado no art. 21 da Constituição Federal como de competência da União, a ser explorada diretamente, ou mediante autorização, permissão ou concessão, o serviço de transporte fluvial deveria, obrigatoriamente ser prestado pela União ou por concessionário seu.²⁴³

242 A respeito da qualificação dos serviços postais como serviços públicos, confira-se trecho da ementa: "(...) 1. O serviço postal --- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei n. 509, de 10 de março de 1.969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei n. 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 46. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 05.08.2009, publicado em 26.02.2010.

243 Relevante transcrever trecho do voto do Ministro Nelson Jobim: "Nem se diga que o transporte fluvial é dos serviços que integram os fins do Estado. O Prof. RUY CIRNE LIMA, quanto ao conceito de serviço público foi preciso: "serviço público é todo serviço existencial, relativamente à sociedade ou, pelo menos, assim havido num momento dado, por isso mesmo tem que ser prestado pelos componentes daquela, direta ou indiretamente, pelo Estado ou por outra pessoa administrativa (...)". Não é o que se passa, no caso, com o transporte fluvial. Não é "indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social" (DUGUIT). Não é existencial para a sociedade. Existenciais e indispensáveis "à realização e ao desenvolvimento da interdependência social" são os serviços públicos ditos essenciais. (...) A União não tem a obrigação constitucional, legal nem contratual de oferecer os serviços". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 220.999-7. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 25.04.2000, publicado em 24.11.2000. A análise da decisão supracitada, em cotejo com a jurisprudência selecionada na compilação jurisprudencial "A constituição e o Supremo", editada pelo próprio STF, revela uma peculiaridade traduzida no fato de que, a despeito da alínea "d", do art. 21, XII da Constituição federal, que trata especificamente dos serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território, todas as demais alíneas do inciso supracitado possuem

Como se depreende da compilação de jurisprudência realizada pelo próprio Supremo Tribunal Federal (A constituição e o Supremo), a parte do rol exemplificativo supracitado, a grande parte dos casos julgados pelo tribunal que versam sobre serviços públicos diz respeito a algumas categorias que pacificamente são aceitas como serviços públicos, não demandando, por conseguinte, um esforço da corte no sentido de qualificá-las como tal, uma vez que, na grande maioria destes casos, a qualificação de determinada atividade como serviço público é presumida. Dentre estas categorias, destacam-se: produção e fornecimento de energia elétrica e água, serviços de radiodifusão de sons e imagens, transporte rodoviário interestadual, intermunicipal e interurbano e telecomunicações. Aprofundar-se no estudo da abordagem do tribunal sobre estes casos, onde o tribunal não entra no mérito de definir o que seria ou não serviço público restaria improdutivo para os objetivos a que este trabalho se presta.

Em síntese, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal se vale dos critérios subjetivo, objetivo e formal, isoladamente ou em conjunto, quando da tomada de decisão depende de um esforço da corte no sentido de determinar se determinada atividade enquadra-se ou não numa noção de serviço público. Percebe-se, entretanto, uma preponderância na utilização do critério material para a realização desta tarefa interpretativa por parte do tribunal, servindo os critérios subjetivo e formal, salvo algumas exceções, como coadjuvantes à realização da tarefa. Sendo assim, ao se deparar com situações onde há dúvida formal quanto à caracterização de uma determinada atividade como serviço público, o tribunal tende a avaliar a relevância de tal atividade para a consecução do bem-estar social e, em que medida, a intromissão estatal no desenvolvimento destas atividades é relevante para a sua efetivação.

3. O regime jurídico-constitucional dos serviços públicos no Brasil, sua distinção em relação à atividade econômica em sentido estrito e possibilidades de delegação

A construção da matriz que será utilizada para, no terceiro e derradeiro capítulo desse estudo, verificar a adequação, ou não, do enquadramento dos

jurisprudência do tribunal tendente a conferir a qualidade de serviço público a seus respectivos conteúdos, o que desperta a curiosidade a respeito de qual seria o fator utilizado para “discriminar” o conteúdo da alínea “d” em relação a seus similares.

serviços de praticagem (objeto deste estudo) à noção de serviço público consolidada no ordenamento jurídico brasileiro, demanda, em complemento ao que já foi exposto nos tópicos anteriores deste capítulo, o estudo de temas complementares, indispensáveis à sua operacionalização eficaz.

Primeiramente é indispensável determinar a distinção entre o serviço público e as atividades econômicas em sentido estrito, que, para os fins objetivados por esta monografia, serão interpretados como espécies decorrentes do gênero representado pelas atividades econômicas em sentido amplo.

Uma vez consolidada esta noção, o alvo do estudo será a compreensão do regime jurídico público, ao qual, de maneira geral, devem se submeter os serviços públicos. Também serão verificadas as distinções deste regime jurídico em comparação com o regime jurídico de direito privado e as possibilidades de flexibilização de sua aplicabilidade, tanto em relação aos serviços públicos prestados pelo próprio estado, quanto por seus delegatários.

Num terceiro tópico, serão expostas as distinções entre o serviço público e outras atividades que, por serem de incumbência estatal, podem, com ele se confundir. Para tanto, serão estudados basicamente cinco figuras cuja compreensão contribuirá para desopacizar a noção de serviço público, são elas: a) obras públicas, b) poder de polícia, c) exploração estatal de atividade econômica (em sentido estrito), d) fomento e e) “funções de Estado”.

O quarto, e derradeiro tópico, destinar-se-á ao estudo sintético das possibilidades de delegação de serviços públicos à iniciativa privada. Serão revisados, ainda que de forma breve, os conceitos de concessão e permissão e, com um pouco mais de atenção as figuras mais nebulosas, geradoras de divergências doutrinárias, como o instituto da autorização e outros modos alternativos de prestação dos serviços públicos.

3.1. Serviço público como espécie do gênero atividade econômica

Conforme se depreende da análise desenvolvida nos itens anteriores, a noção de serviço público, é ampla e flexível, indispensavelmente construída a partir da realidade social do ordenamento jurídico onde se pretende aplicá-la. Questão central para a análise do instituto jurídico é diferenciá-lo das atividades econômicas em sentido estrito para, posteriormente, determinar o regime jurídico que norteará a

sua execução.²⁴⁴

Conceitualmente, não há grandes dificuldades em compreender esta distinção, partindo-se do pressuposto de que os serviços públicos e as “atividades econômicas em sentido estrito” são espécies do gênero “atividade econômica em sentido amplo”,²⁴⁵ e que, a distinção entre estas duas espécies será determinada, em primeira instância, pela “vontade política” do legislador ao positivar – em nível constitucional ou infraconstitucional – as atividades que serão consideradas serviços públicos e, em segunda instância pelos operadores do direito que interpretarão estas normas e transpô-las ao mundo dos fatos.²⁴⁶

244 Para Eros Roberto Grau, a distinção entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito reside no confronto entre os interesses do capital e do trabalho. Segundo o autor: “É a partir deste confronto – do estado em que tal confronto se encontrar, em determinado momento histórico – que se ampliarão ou reduzirão, correspectivamente, os âmbitos das *atividades econômicas em sentido estrito* e dos *serviços públicos*. Evidentemente, a ampliação ou retração de um ou outro desses campos será função do poder de reivindicação, instrumentado por poder político, de um e outro, capital e trabalho. A definição, pois, desta ou daquela parcela da *atividade econômica em sentido amplo* como *serviço público* é – permanecemos a raciocinar em termos de modelo ideal – decorrência da captação, no universo da realidade social, de elementos que informem adequadamente o estado, em um certo momento histórico, do confronto entre interesses do capital e do trabalho”. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988....** Op. Cit.. p. 106.

245 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988....** Op. Cit.. p. 110. Ricardo Marcondes Martins diverge desta classificação ao alegar que “serviço público” e “atividade econômica em sentido amplo” estariam em posição paralela, não sendo o primeiro uma espécie do segundo, mas sim espécies de um gênero maior caracterizado pela produção e circulação e circulação de bens econômicos escassos, úteis e tendentes à satisfação de necessidades humanas e distinguíveis pelos princípios que as regem. MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 197.198.

246 A fim de consolidar a noção do pertencimento do serviço público ao gênero das atividades econômicas e sua contraposição à sua “espécie irmã”, a atividade econômica em sentido estrito, é salutar a transcrição das palavras de Eros Roberto Grau, cuja obra é componente indispensável do marco teórico desta parte do trabalho. Segundo o autor: “A prestação de *serviço público* está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o *serviço público* é um tipo de *atividade econômica*. *Serviço público* – dir-se-á mais – é o tipo de *atividade econômica* cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público. Não *exclusivamente*, note-se, visto que o setor privado presta serviço público em regime de concessão ou permissão. Desde aí poderemos também afirmar que o *serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado. (...) Ao afirmar que *serviço público* é tipo de *atividade econômica*, a ela atribuí a significação de gênero no qual se inclui a espécie, *serviço público*. Ao afirmar que o *serviço público* está para o setor público assim como a *atividade econômica* está para o setor privado, a ela atribuí a significação de espécie. Daí a verificação de que o gênero – *atividade econômica* – compreende duas espécies: o *serviço público* e a *atividade econômica*. Estamos em condições, assim, de superar a ambiguidade que assume, no seio da linguagem jurídica e no bojo do texto constitucional, esta última expressão. Para que, no entanto, se a supere, impõe-se qualificarmos a expressão, de modo que desde logo possamos identificar de uma banda as hipóteses nas quais ela conota gênero, de outra as hipóteses nas quais ela conota espécie do gênero. A seguinte convenção, então, proponho: *atividade econômica em sentido amplo* conota gênero; *atividade econômica em sentido estrito*, a espécie”. O autor complementa o raciocínio explicando que serviço público e atividade econômica não são as únicas espécies contempladas pela atividade econômica em sentido amplo. Segundo ele: “Rigorosamente, o gênero *atividade econômica em sentido amplo* compreende três espécies, e

Elemento central para se operacionalizar esta distinção é a relação entre o interesse coletivo e a capacidade, ou não, de satisfação deste interesse, de forma adequada, pela livre iniciativa.²⁴⁷ É o sopesamento entre interesse público, atrelado à noção de direitos fundamentais, e a percepção do legislador quanto à capacidade de suprimento desta demanda por parte da livre iniciativa (atividade econômica em sentido estrito)²⁴⁸ que, idealmente, deve nortear tanto o legislador constitucional quanto o infraconstitucional na positivação do rol de atividades que serão consideradas serviços públicos e que, conseqüentemente estarão submetidos a regime jurídico diferenciado.

O senso comum, a despeito de qualquer polarização ideológica, indica que, em qualquer sociedade, em maior ou menor grau, o Estado tem a responsabilidade de manter-se constantemente alerta para a verificação da satisfação das demandas sociais básicas (direitos fundamentais) e, a partir desta verificação, determinar a “captação” de atividades econômicas em sentido estrito que entenda estarem sendo prestadas de forma insuficiente ou inadequada pela livre iniciativa.²⁴⁹

Em resumo, os serviços públicos podem ser considerados atividades econômicas *lato sensu*, cuja prestação é atribuída ao Poder Público a partir de uma decisão política consolidada pelo ordenamento jurídico. Via de regra, não há distinção entre estas e quaisquer outras atividades econômicas que, não fosse pela “captação” estatal, em virtude de sua relevância para a satisfação dos direitos fundamentais, poderiam ser livremente exploradas pela iniciativa privada sob o regime de mercado.²⁵⁰

não apenas duas – a da *atividade econômica em sentido estrito* e a dos *serviços públicos*. Convém acrescentarmos a essas duas primeiras espécies do *gênero* a das *atividades ilícitas*, ou seja, atividades econômicas em sentido amplo cujo exercício é vedado pela lei. Os exemplos são inúmeros: produção e comércio de drogas; proxenetismo, v.g., todas essas *atividades econômicas em sentido amplo* consubstanciando tipos penais. Tome-se, porém, o caso da exploração de loterias, atividade ilícita cuja prática é excepcionalmente admitida, nos termos da lei (Decreto-lei n. 204, de 1967, e Lei n. 6.717, de 1979), para sem empreendida pelo Estado – hipótese na qual migra do campo da ilicitude para o universo dos *serviços públicos*. A lei, ao definir a exploração das loterias como serviço público, atendeu a *forte e justificável razão de interesse social*. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988....** Op. Cit.. p. 100-101.

247 MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões....** Op. Cit.. p. 50.

248 Diversos fatores podem levar à “insuficiência” da livre iniciativa na realização de atividades consideradas essenciais à concretização dos direitos fundamentais, tais como, a formação de monopólios, a inadequação técnica dos prestadores ou mesmo o desinteresse na prestação de determinados serviços que, apesar de serem primordiais para a população, podem, em virtude das circunstâncias de mercado, revelar-se incapazes de produzir o lucro financeiro, fator motivacional primordial ao desempenho da livre-iniciativa.

249 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988....** Op. Cit.. p. 107-122.

250 HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão – Repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material.

Estabelecidas essas premissas básicas, é indispensável a retomada da análise dos artigos 21 e 175 da Constituição Federal iniciada no item 2.1 do capítulo 2 desta monografia, desta vez, à luz da didática sistematização realizada por Celso Antônio Bandeira de Mello, que buscou interpretar a vontade do legislador constitucional através de um minucioso trabalho de “destrinchamento” dos artigos supracitados, verdadeiros sustentáculos da noção de constitucional de serviço público no ordenamento jurídico brasileiro. Segundo o autor:

Ante o tratamento dado pela Constituição aos serviços públicos nela mencionados, podem ser distinguidas as seguintes hipóteses: (...) a) Serviços de prestação obrigatória e exclusividade do Estado – Há duas espécies de serviços que só podem ser prestados pelo próprio Estado, isto é, que não podem ser prestados por concessão, permissão ou autorização. São eles os de serviço postal e correio aéreo nacional, como resulta do art. 21, X. Isso porque, ao arrolar no art. 21 competências da União quanto à prestação de serviços públicos, menciona, nos incisos XI e XII (letras “a” a “f”) diversos serviços. A respeito deles esclarece que a União os explorará diretamente “ou mediante autorização, concessão ou permissão”. Diversamente, ao referir no inciso X o serviço postal e o correio aéreo nacional, não concedeu tal franquia. Assim, é visível que não quis dar o mesmo tratamento aos vários serviços que considerou. b) Serviços que o Estado tem a obrigação de prestar e obrigação de conceder – Há uma espécie de serviços públicos que o Estado, conquanto obrigado a prestar por si ou por criatura sua, é também obrigado a oferecer em concessão, permissão ou autorização: são os serviços de radiodifusão sonora (rádio) ou de sons e imagens (televisão). Isto porque o art. 23 determina que, na matéria, seja observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. Se esta complementaridade deve ser observada, o Estado não pode se ausentar de atuação direta em tal campo, nem pode deixar de concedê-los, pena de faltar um dos elementos do trinômio constitucionalmente mencionado. c) Serviços que o Estado tem obrigação de prestar, mas sem exclusividade – Há cinco espécies de serviço que o Estado não pode permitir que sejam prestados exclusivamente por terceiros, seja a título de atividade privada livre, seja a título de concessão, autorização ou permissão. São os serviços: 1) de educação, 2) de saúde, 3) de previdência social, 4) de assistência social e 5) de radiodifusão sonora de sons e imagens, tudo conforme fundamentos constitucionais já indicados. d) Serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas, não os prestando, terá de promover-lhes a prestação mediante concessão ou permissão – Todos os demais serviços públicos, notadamente os arrolados no art. 21, XI e XII, da Constituição, o Estado tanto pode prestar por si mesmo (mediante administração direta ou indireta) como transferindo seu desempenho a entidade privada (mediante concessão ou permissão.

Nesse item “d” falou-se em “obrigação” de prestar ou “obrigação” de promover a prestação. Não foram expressões casuais. Com efeito, entendemos que, havendo a Constituição previsto ditos serviços como públicos, o Estado não pode se furtar a promovê-los ou assegurar-lhes a promoção em favor dos administrados. Logo, estes têm direito a que sejam instituídos os serviços que sejam singularmente fruíveis e podem judicialmente exigí-los. Enquanto não forem instituídos os administrados têm direito a que lhes seja custeado o desfrute em instituição privada.²⁵¹

Do esforço didático de Celso Antônio Bandeira de Mello, resulta um esgotamento do rol constitucionalmente positivado das atividades econômicas (em sentido amplo) para as quais o constituinte, por opção política, lastreada no contexto social do qual decorre o ordenamento jurídico, optou por, formalmente, em maior ou menor grau, apartar da livre iniciativa. Presume-se que o legislador constituinte tenha vislumbrado, para cada uma das atividades elencadas, uma relevância tal que, caso fossem relegadas à qualidade de atividade econômica em sentido estrito, haveria risco inaceitável de prejuízo à efetivação dos direitos fundamentais dos cidadãos.²⁵²

Resta, contudo, determinar os sentidos que a expressão atividade econômica possui nos arts. 170, 173 e 174 da Constituição de 1988 para que, finalmente, se possa consolidar uma compreensão minimamente suficiente à análise a que este trabalho se presta.

No que diz respeito aos arts. 170 e 174 o uso da expressão atividade econômica refere-se ao sentido amplo do termo, ou seja, englobando tanto o serviço público quanto a atividade econômica em sentido estrito.²⁵³ A princípio, o art. 170, que traz os fundamentos, finalidades e princípios da ordem econômica constitucional

251 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo....** Op. Cit.. p. 704-706.

252 Marçal Justen Filho alerta para uma necessidade de flexibilização interpretativa ao ler o art. 21 da Constituição Federal ao contrário da postura assumida por grande parte da doutrina, admitindo que ele mesmo assumia, no passado, postura no sentido de interpretar as atividades contidas no artigo supracitado como serviços públicos, por inerência. Segundo o autor: “Reputa-se que as atividades referidas nos diversos incisos do art. 21 da CF/88 poderão ou não ser qualificadas como serviços públicos, de acordo com as circunstâncias e segundo a estruturação que se verificar como necessária. Existirá serviço público apenas quando as atividades referidas especificamente na Constituição envolverem a prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente o princípio da dignidade da pessoa humana ou quando forem reputados como instrumentos para a satisfação de fins essenciais eleitos pela república brasileira. Mas sempre que se verificar a oferta de utilidades desvinculadas da satisfação de necessidades inerentes e essenciais à integridade do ser humano ou de modo a não afetar finalidades políticas essenciais, configurar-se-á uma atividade econômica em sentido estrito, a ser desempenhada sob o regime da livre iniciativa”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões....** Op. Cit.. p. 44-45.

253 GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988....** Op. Cit.. p. 105-106.

pode permitir alguma dúvida interpretativa ao elencar a “livre iniciativa” como um dos fundamentos e a “propriedade privada”, a “livre concorrência” e o “tratamento favorecido às empresas de pequeno porte” como componentes do rol de princípios, entretanto, o parágrafo único do artigo parece sanar esta dúvida ao afirmar que “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Por decorrência, presume-se que, mesmo nos “casos previstos em lei”, sejam eles no sentido de regulamentar as atividades desenvolvidas pelos particulares, ou nos casos em que o Estado opta por retirar determinada atividade da esfera de atuação dos particulares, a atividade permanecerá sendo norteadada pelos ditames do artigo constitucional supracitado, ainda que mediante a exclusão dos princípios e fundamentos incompatíveis com a situação concreta.

Quanto ao artigo nº 174, ao determinar que: “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”, a própria redação do dispositivo parece esclarecer a dúvida ao afirmar que o “planejamento”, uma das funções estatais elencadas, é determinante para o “setor público”, revelando, por consequência, a aplicabilidade do dispositivo tanto para o serviço público quanto para as atividades econômicas em sentido estrito.

O artigo nº 173, de acordo com a doutrina tradicional dominante, refere-se às atividades econômicas em sentido estrito, excepcionalmente desenvolvida pelo estado em função de “imperativos de segurança nacional” ou de “relevante interesse coletivo”, mantendo-se porém, dentro do possível, todas as características norteadoras das atividades atinentes à livre iniciativa.²⁵⁴ Entretanto, com a devida vênia e respeito que a doutrina tradicional mereça, parece haver uma compreensão distorcida, que parece ser fruto de uma análise surpreendentemente assistêmica

254 Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, Eros Roberto Grau, José Afonso da Silva e Marçal Justen Filho, ainda que baseados em concepções teóricas diferentes, parecem concordar com o fato de o artigo nº 173 da Constituição Federal referir-se especificamente a “atividades econômicas em sentido estrito” e, portanto, mesmo sendo desempenhadas pelo Estado, nos termos propostos pelo artigo supracitado, deveriam, invariavelmente permanecer como tal, sem que se possa falar em serviço público. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo....** Op. Cit.. p. 701. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988....** Op. Cit.. p. 101-105. SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. e. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 717-725. Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 861-863.

empreendida por diversos autores. Ocorre que uma análise sistêmica da Constituição Federal parece demonstrar que o art. 173 é, ao contrário do que defende a doutrina tradicional, o fundamento para o art. 175, uma vez que se apresenta como “sistema de segurança” ao qual, presume-se submeter, tanto o rol elencado pelo art. 175, incontestavelmente composto por serviços públicos, em sua acepção mais pura, quanto as atividades econômicas em sentido estrito que, eleitas pelo Estado, com base nos imperativos de segurança nacional e relevante interesse coletivo, devam ingressar no “sistema” protegido pelo art. 173 podendo, sim, a depender da situação, tornar-se serviços públicos. Em última análise, o artigo nº 173 da Constituição Federal seria uma espécie de “gazua”, no sentido de ser o único dispositivo legal a permitir e nortear o acréscimo ao rol constitucional de serviços públicos através da permissão para que serviços econômicos em sentido estrito sejam: a) desempenhados pelo Estado, ainda que sob regime estritamente assemelhável ao de direito privado ou b) convertidos em serviços públicos, passando a ser desempenhados em regime jurídico público.²⁵⁵

255 Em contraposição à doutrina tradicional, Dinorá Adelaide Musetti Grotti explica que: “(...) admite-se haver espaço para a criação ou definição de novos serviços públicos por lei ordinária. Reconhece-se, porém, que o campo existente para essa eleição legislativa, em face do modelo constitucional brasileiro, é reduzido; que existem limites para a definição normativa de um serviço como público (*publicatio*). Em primeiro lugar o serviço deve estar dentro das competências da pessoa jurídica instituidora. Em segundo lugar deve respeitar as indicações constantes do artigo 173, que deixam clara a excepcionalidade da exploração direta de atividade econômica pelo Estado, isto é, não serem tidas como próprias dos particulares num dado local e momento – do contrário dar-se-ia uma transformação artificial de atividades econômicas em serviços públicos, com o intuito sub-reptício de estatizá-la”. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 105-106. A posição da autora é acompanhada por Vitor Rhein Schirado que afirma: “As distinções apontadas com relação ao conteúdo dos artigos 173 e 175 da Constituição Federal demandam uma revisão, pois, *permissa venia*, não refletem, com precisão, o conteúdo da Constituição Federal, sendo atadas a concepções, a nosso ver, já não atuais de serviços públicos. O posicionamento da doutrina majoritária merece revisão em virtude de três fundamentos essenciais: (i) não há uma distinção de regimes tão clara quanto pretende a doutrina entre serviços públicos e atividades econômicas nos dias atuais; (ii) não há titularidade estatal dos serviços públicos, mas, sim, uma *obrigação* do Estado; e (iii) os serviços público nada mais são do que um grupo de atividades econômicas exploradas pelo Estado *com base na autorização contida no próprio artigo 173 da constituição Federal*. (...) o artigo 173 e o artigo 175 não tratam de matérias distintas, ou seja, não são artigos sem qualquer relação; são artigos que se fundamentam, pois o fundamento de aplicabilidade do artigo 175 é a *permissão contida no artigo 173*. Vale dizer, não porque o artigo 173 versa sobre a exploração de atividades econômicas e o artigo 175 sobre os serviços públicos que não há qualquer relação entre eles. O artigo 175 nada mais contempla do que uma das formas de exploração de atividades econômicas pelo Estado, na forma permitida pelo artigo 173”. SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 126-131.

3.2. Do regime jurídico aplicável aos serviços públicos

Uma vez estabelecidas as distinções entre serviço público e atividade econômica em sentido estrito, e as possibilidades de atuação estatal em ambas as esferas, cabe sintetizar os distintos regimes jurídicos aos quais, ainda que não de forma estanque, os responsáveis pela efetivação das atividades supracitadas deve se submeter.

Parte da doutrina, aponta para a imprescindibilidade da submissão a um regime jurídico de direito público para a caracterização de uma atividade como serviço público, demarcado pela preponderância de dois princípios basilares, norteadores do desempenho da função administrativa estatal, quais sejam, o da supremacia do interesse público e o da indisponibilidade do interesse público,²⁵⁶ enquanto outros autores apontam para a possibilidade de flexibilização da aplicabilidade deste regime, em cotejo com o regime jurídico de direito privado, a depender de cada situação concreta.²⁵⁷ Esta concepção de “regime jurídico de direito público” que permeia o Direito Administrativo nacional é oriunda das ideias de Gaston Jèze, um dos pioneiros em identificar, como elemento definidor dos serviços

256 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...** Op. Cit.. p. 53-55.

257 A título de exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello e Marçal Justen Filho inserem a imprescindibilidade da obediência ao regime jurídico de direito público para a caracterização dos serviços públicos. Apenas lembrando exposição feita anteriormente, o primeiro define serviço público como: “(...) toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo”. Para o segundo: “Serviço público é uma atividade pública (...) e executadas sob regime de direito público”. Sobre possíveis flexibilizações na submissão ao regime jurídico de direito público, Marçal afirma que: “Alguns autores têm cogitado de serviços públicos prestados sob regime de direito privado, o que se traduziu concretamente na regulação dos serviços de telecomunicação. Rigorosamente, serviço público sob regime de direito privado é uma contradição em termos. A aplicação do regime de direito privado desnatura o serviço público. A expressão “serviço público sob regime de direito privado” indica serviços privados subordinados a uma regulação jurídica intensa. Tal como exposto anteriormente, existe um conjunto de atividades (que pode ser referido como serviços de interesse econômico geral) que não se configura como serviço público, mas que se subordina a uma regulação estatal muito intensa”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...** Op. Cit.. p. 687. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 731. Em contraposição, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, acompanhada por Lúcia Valle Figueiredo e Odete Medauar, relativiza a completa submissão ao regime jurídico de direito público apregoada pelos autores citados, ao afirmar que serviço público é: “toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 107. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 78-79. MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 315-316.

públicos, a sujeição a um regime jurídico especial. A noção chegou ao Brasil através da obra de Themistocles Brandão Cavalcanti e, posteriormente foi abordada por Ruy Cirne Lima e Mário Masagão. Contudo, nenhum dos autores brasileiros citados dedicou-se a explicar o conteúdo de tal regime, tendo sido Celso Antônio Bandeira de Mello o pioneiro em debruçar-se sobre o tema a fim de desvelar a constituição e função de tal regime especial.²⁵⁸

A atuação da administração pública na execução dos serviços públicos baseia-se, portanto, na ideia de o interesse público, por ela tutelado, ser supremo em relação aos particulares e, por consequência, indisponível. Para tanto, torna-se necessária a adoção de um regime jurídico especial, a ser utilizado pelo Estado ou por seus delegatários, que se traduz num conjunto de prerrogativas especiais destinadas à garantia da consecução deste interesse público.²⁵⁹

Por interesse público, compreende-se como o interesse do corpo social como um todo, sem levar em consideração interesses individuais incompatíveis com o interesse global ou mesmo ao interesse do Estado, quando considerado numa perspectiva estrita, uma vez que o aparelho estatal não pode ser considerado um fim em si mesmo, mas sim, instrumento para que se atinja o interesse público primário (bem comum).²⁶⁰

Importante frisar que este regime não deve ser confundido com uma qualidade própria da atividade, mas sim, decorrente do regime normativo destinado à consecução dos fins que o Estado consagrar como próprios e, para tanto, instaurar procedimentos exorbitantes do direito privado, traduzível em situação privilegiada em favor do Poder Público.²⁶¹

Dentre as prerrogativas decorrentes da submissão da execução dos serviços públicos ao regime jurídico de direito público, destacam-se a concessão de benefícios fiscais, privilégios em processos de execução patrimonial e a

258 SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos....** Op. Cit.. p. 53.

259 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo....** Op. Cit... p. 60.

260 A esse respeito, Celso Antônio Bandeira de Mello pondera que, em que pese o fato de o indetesse comum não dizer respeito especificamente à satisfação de interesses pessoais (ou individuais), não se pode chegar ao extremo de pensar que poderia haver interesse comum ainda que em discrepância aos interesses de cada um dos membros da sociedade. Para tanto, o autor formula o seguinte questionamento: “Poderá haver um interesse público que seja discordante do interesse de cada um dos membros da sociedade?”, ao qual responde na sequência: “Evidentemente, não. Seria inconcebível um interesse do todo que fosse, ao mesmo tempo, contrário ao interesse de cada uma das partes que o compões. Deveras, corresponderia ao mais cabal contraste que o bom para todos fosse o mal de cada um, isto é, que o interesse de todos fosse um anti-interesse de cada um”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso....** Op. Cit.. p. 60.

261 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso....** Op. Cit.. p. 53-55.

exclusividade de prestação conferida à atividade.²⁶² Importante ressaltar que a submissão ao regime jurídico de direito público não implica somente em prerrogativas especiais em favor do Estado e de seus delegatários, mas também em deveres especiais, decorrentes de princípios como os da universalização, modicidade tarifária, continuidade, entre tantos outros.

Ainda no que diz respeito especificamente à prerrogativa da “exclusividade”, a doutrina tradicional concorda que, de maneira geral, os serviços públicos devem estar fora da livre iniciativa, sendo, portanto, reserva estatal exclusiva. A esse respeito, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que mediante a permissão de execução de serviço público em ambiente de livre iniciativa, este deixaria de ser um serviço público propriamente dito e passaria a ser um serviço público “virtual” ou “impróprio”.²⁶³ Da mesma forma, se manifesta Celso Antônio Bandeira de Mello, fazendo ressalva quanto aos serviços públicos de saúde, educação, assistência social e previdência social que, eventualmente, poderiam ser explorados em coexistência de regimes.²⁶⁴ Marçal Justen Filho, entretanto, adota postura mais flexível a esse respeito, abordando a possibilidade do desempenho de determinados serviços públicos por particulares, sujeitas a regime jurídico próximo ao do serviço público, mediante intensa fiscalização e regulamentação.²⁶⁵

Ademais, no que diz respeito à noção ao regime jurídico de direito público, aplicável aos serviços públicos, a doutrina, a exemplo de Celso Antônio Bandeira de Mello, ainda que mediante pequenas variações, costuma arrolar, além da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, já mencionados, alguns subprincípios deste último, como por exemplo: a) da legalidade;²⁶⁶ b) da obrigatoriedade do desempenho de atividade pública;²⁶⁷ c) do controle administrativo

262 A respeito especificamente da “exclusividade na prestação”, uma das possibilidades marcantes de decorrência do regime jurídico de direito privado, Vitor Rhein Schirato, fazendo uma compilação da doutrina administrativista majoritária sobre o assunto, assevera que: “Conforme entendimento de parcela significativa da doutrina administrativista brasileira, a prestação de um serviço público implica, *ipso iure*, por conta do regime jurídico de direito público, uma reserva de mercado exclusiva nas mãos do Estado, com a subtração da atividade do âmbito da livre iniciativa econômica, fazendo com que apenas o Estado ou quem dele receba uma delegação possa explorar a atividade”. SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos....** Op. Cit.. p. 58.

263 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo....** Op. Cit.. p. 215-216.

264 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...** Op. Cit.. p. 650-654.

265 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso....** Op. Cit.. p. 739.

266 Celso Antônio Bandeira de Mello fala em implicações e decorrências deste princípio, a saber: “princípios da finalidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da motivação e da responsabilidade do estado”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...** Op. Cit.. p. 77-90.

267 Percebe-se que muitos desses princípios, naturalmente desdobram-se nos princípios específicos dos serviços públicos, elencados, de forma não exaustiva, no item 2.2.3 (supra) deste capítulo,

ou tutela; d) da isonomia, ou igualdade dos administrados (na medida de suas desigualdades) perante a Administração Pública; e) da publicidade; f) da inalienabilidade dos direitos concernentes a interesses públicos e g) do controle jurisdicional dos atos administrativos.²⁶⁸

Por fim, a fim de consolidar a noção do regime jurídico de direito público aplicável aos serviços públicos, no que entende-se estritamente relevante para os fins a que se destina este trabalho, convém mencionar a esclarecedora advertência de Eros Roberto Grau no sentido de que não se pode confundir a adoção do regime jurídico de direito público como elemento do serviço público, mas sim o contrário, na medida em que o primeiro é elemento instrumental do segundo, servindo como garantidor de sua efetividade e não como determinador de sua personalidade.²⁶⁹

3.3. Serviços públicos e outros tipos de atividade administrativa

Convém analisar, ainda que sinteticamente, algumas atividades que, devido a algumas de suas características, podem confundir-se com a noção de serviços públicos. Para tanto, elaborou-se rol não exaustivo, que elenca alguns exemplos trazidos pela doutrina, composto pelos seguintes itens: a) funções públicas; b) obras públicas; c) poder de polícia; d) exploração estatal de atividade econômica (em sentido estrito); e) fomento e f) funções de estado.

a) Funções públicas (ou funções de Estado): Função pública é aquela que se desenvolve na consecução das atividades típicas de Estado, em sua atividade propriamente soberana, sendo, portanto, mais ampla e geral que a de serviço público. A confusão entre função pública e serviço público é agravada pelo fato de alguns doutrinadores oferecerem um conceito amplíssimo de serviço público, que mais se assemelha à primeira que ao segundo. Apenas a título de exemplo, é conveniente revisar algumas noções expostas no item 2.2.1 (supra) deste capítulo,

como é o caso do princípio da “continuidade”, que está diretamente relacionado ao princípio da obrigatoriedade do desempenho de atividade pública.

268 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...** Op. Cit.. p. 77-90.

269 Nas palavras de Eros Roberto Grau: “É inteiramente equivocada a tentativa de conceituar-se serviço público como atividade sujeita a regime de serviço público. Ao afirmar-se tal – que serviço público é atividade desempenhada sob esse regime – além de privilegiar-se a forma, em detrimento do conteúdo, perpetra-se indesculpável tautologia. Determinada atividade fica sujeita a regime de serviço público porque é serviço público; não o inverso, como muitos propõem, ou seja, passa a ser tida como serviço público porque assujeitada a regime de serviço público”. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988...** Op. Cit.. p. 101-105.

como as de José Cretella Júnior e Hely Lopes Meirelles que adotam critérios amplos de classificação de serviços públicos, o primeiro ao afirmar que: “serviço público é aquele que, visando ao bem coletivo ou certa finalidade, o Estado ou a Administração prestam, direta ou indiretamente, ao público. É o serviço prestado pelo Público ao público.”²⁷⁰ e o segundo, dizendo que: “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”²⁷¹, oferecem definições capazes de extrapolar o conceito estrito – didaticamente mais adequado – de serviço público.

Sendo assim, o Poder Legislativo, ao legislar; o Poder Judiciário, ao prestar jurisdição e o Poder Executivo, ao operacionalizar a segurança pública, exercem funções públicas que não podem ser confundidas com serviço público;²⁷²

b) Obras públicas: As obras públicas, conforme definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, são caracterizadas pela: “(...) construção, reparação, edificação ou ampliação de um bem imóvel pertencente ou incorporado ao domínio público de um bem imóvel”, e, de acordo com o autor, diferenciam-se dos serviços públicos devido aos seguintes fatores:

a) a obra é, em si mesma, um produto estático; o serviço é uma atividade, algo dinâmico; b) a obra é uma coisa: o produto cristalizado de uma operação humana; o serviço é a própria operação ensejadora do desfrute; c) a fruição da obra, uma vez realizada, independe de uma prestação, é captada diretamente, salvo quando é apenas o suporte material para a prestação de um serviço; a fruição do serviço é a fruição da própria prestação; assim, depende sempre integralmente dela; d) a obra, para ser executada, não presume a prévia existência de um serviço; o serviço público, normalmente, para ser prestado, pressupõe uma obra que lhe constitui o suporte material.²⁷³

Além dos fatores apontados por Celso Antônio Bandeira de Mello, a distinção entre obras públicas e serviços públicos, também é evidenciada na esfera tributária,

270 CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo...** Op. Cit.. p. 103.

271 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 387.

272 Dinorá Adelaide Musetti complementa este raciocínio informando que existem hipóteses excepcionais de delegação de função pública, citando como exemplos os poderes outorgados aos Comandantes de navio (art. 8º da Lei 9.537, de 11.12.1997) e os serviços notariais e de registro. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a constituição...** Op. Cit., p.112.

273 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...** Op. Cit.. p. 698-699.

uma vez que as primeiras podem viabilizar a cobrança de contribuições de melhoria, com base no artigo 145, III da Constituição da República, enquanto os serviços públicos, quando específicos e divisíveis, geram taxas ou tarifas, de acordo com os artigos 145, II e 175, parágrafo único, III da Constituição da República;²⁷⁴

c) poder de polícia: O poder de polícia é a competência para disciplinar o exercício da autonomia privada, com o objetivo de efetivar a concretização de direitos fundamentais e da democracia. É conveniente fazer a distinção entre poder de polícia em sentido amplo, que contempla as competências legislativas e administrativas e o poder de polícia administrativa, que é espécie do poder de polícia em sentido amplo.²⁷⁵

Ao exercer o poder de polícia, o Estado não está desenvolvendo atividade de cunho prestacional consistente em satisfazer necessidades individuais, mas sim, regulando a fruição das liberdades e direitos privados a fim de impedir que produzam lesões a direitos, interesses e bens públicos ou privados.²⁷⁶

Importante frisar que, ao contrário do que ocorre com os serviços públicos, o poder de polícia não pode ser delegado a particulares, conforme atesta a emblemática decisão do Supremo Tribunal Federal na ADI 1.717;²⁷⁷

d) exploração estatal de atividade econômica (em sentido estrito): A

274 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público...** *Op. Cit.*, p.131.

275 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso....** *Op. Cit.* p. 585.

276 Marçal Juste Filho alerta para a impossibilidade de uma absoluta distinção entre as noções de serviço público e poder de polícia, ao afirmar que: "(...) se é possível (e necessário) consagrar a distinção, isso não significa a absoluta dissociação entre ambas as atividades, especialmente porque as estruturas estatais organizadas para desempenho de atividades de polícia também desempenham, conjuntamente, "atividades de serviço público em sentido material: socorro às vítimas de acidentes, entrega de documentos, passaportes ou cartas de identidade, etc." (...) Por outro lado, é muito evidente que a prestação de serviço público está entranhada de poderes estatais de natureza compulsória e coativa, que implicam a restrição à liberdade e à propriedade, no tocante à satisfação de interesses individuais ou coletivos. O regime jurídico de Direito Público, inerente ao serviço público, envolve a utilização dos meios de constrangimento monopolizados pelo Estado". JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões....** *Op. Cit.* p. 306.

277 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.717. Relator Min. Sydney Sanches. Julgado em 07.11.2002, publicado em 28.03.2003: "EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 58 E SEUS PARÁGRAFOS DA LEI FEDERAL Nº 9.649, DE 27.05.1998, QUE TRATAM DOS SERVIÇOS DE FISCALIZAÇÃO DE PROFISSÕES REGULAMENTADAS. 1. Estando prejudicada a Ação, quanto ao § 3º do art. 58 da Lei nº 9.649, de 27.05.1998, como já decidiu o Plenário, quando apreciou o pedido de medida cautelar, a Ação Direta é julgada procedente, quanto ao mais, declarando-se a inconstitucionalidade do "caput" e dos § 1º, 2º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º do mesmo art. 58. 2. Isso porque a interpretação conjugada dos artigos 5º, XIII, 22, XVI, 21, XXIV, 70, parágrafo único, 149 e 175 da Constituição Federal, leva à conclusão, no sentido da indelegabilidade, a uma entidade privada, de atividade típica de Estado, que abrange até poder de polícia, de tributar e de punir, no que concerne ao exercício de atividades profissionais regulamentadas, como ocorre com os dispositivos impugnados. 3. Decisão unânime."

questão, que gira em torno da interpretação do artigo 173 da Constituição Federal, foi exaustivamente debatida nos parágrafos finais do item 3.1 deste capítulo, ao qual remetemos o leitor;

e) fomento: Marçal Justen Filho descreve a atividade administrativa de fomento como: “(...) intervenção no domínio econômico para incentivar condutas dos sujeitos privados mediante a outorga de benefícios diferenciados, inclusive mediante a aplicação de recursos financeiros, visando a promover o desenvolvimento econômico e social”.²⁷⁸

Por ser uma atividade pública, o fomento demanda a existência permanente de estruturas de bens e pessoas destinados a operacionalizá-lo, o que, aliado ao fato de que a “promoção do desenvolvimento econômico e social” pode, eventualmente, ser interpretada como necessária a “satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais” a que se destina o serviço público, pode gerar dificuldades na distinção entre os dois institutos jurídicos. O critério para a distinção entre um e outro parece residir no fato de que o fomento é, na verdade, instrumento de intervenção no domínio econômico, enquanto o serviço público é atividade prestacional.

3.4. Serviços públicos e descentralização administrativa: modalidades de delegação (concessão, permissão, autorização e outras formas)

A fim de consolidar o arcabouço teórico capaz de gerar uma compreensão razoável da noção dos serviços públicos no ordenamento jurídico brasileiro, cabe verificar as possibilidades de descentralização através das quais o Estado pode delegar a particulares a execução destes serviços.²⁷⁹ Cabe estudar, ainda que superficialmente, os institutos jurídicos da concessão, permissão e autorização,²⁸⁰

²⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso....** *Op. Cit.* p. 713.

²⁷⁹ A respeito do emprego do vocábulo “descentralização” na disciplina dos serviços públicos, Egon Bockmann Moreira ensina que: “A transferência de empresas, bens e serviços públicos às pessoas privadas pode-se dar de modo formal ou substancial. Aqui, há a descentralização absoluta (o Estado abdica da titularidade); lá, a desestatização executiva ou de gestão (o Estado persiste titular). Mas o fato é que o direito brasileiro dos serviços públicos apresenta singularidade: há reserva constitucional da titularidade pública dessa ordem de empreendimentos”. MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões....** *Op. Cit.* p. 20.

²⁸⁰ Atente-se para o fato de que o objetivo deste capítulo, no contexto geral do resultado que se pretende obter a partir deste trabalho, é apresentar, de forma sintética, a estrutura que norteia a noção de serviço público no ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, o dever de objetividade ordena que tópicos como os referentes aos institutos da concessão e permissão, devido ao fato de constituírem disciplinas complexas, compostas por uma miríade de minúcias técnicas, e dotadas de uma regulamentação extensa, condizente com esta complexidade, sejam

além de verificar se há outras possibilidades através das quais o estado possa repassar a particulares a execução de serviços públicos.

A Constituição Federal estabelece, no artigo 175, que incumbe ao Poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão a prestação de serviços públicos. Ainda segundo esse mesmo dispositivo, as concessões e permissões de serviços públicos serão sempre precedidas de licitação.²⁸¹

Por sua vez, o parágrafo único do artigo 175 da Constituição Federal prevê a edição de lei para regulamentar: I – O regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II – os direitos dos usuários; III – política tarifária e IV – a obrigação de manter serviço adequado.

Em cumprimento ao mandamento constitucional, foi editada a Lei Federal nº 8.987/1995, estabelecendo normas gerais em matéria de concessão e permissão de serviços públicos, aplicáveis à União, Estados, Distrito Federal e Municípios, bem como a Lei Federal 9.074/1995 que, apesar de estipular regras específicas voltadas a serviços de competência da União, também trouxe algumas poucas regras gerais aplicáveis a todos os entes federados.

Complementarmente, com base na competência da União para legislar sobre normas gerais em matéria de licitação e contratos administrativos, foi editada a Lei Federal nº 11.079/2004, que instituiu normas referentes à licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.²⁸²

tratados de forma sintética, sob pena de desviar o foco central da pesquisa. Sendo assim, a fim de extrapolar o nível meramente superficial, algo que, conforme dito anteriormente, não será feito neste trabalho, remetemos às imprescindíveis obras de Egon Bockmann Moreira e Marçal Justen Filho: MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões....** *Op. Cit.*; JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões....** *Op. Cit.*

281 Marçal Justen Filho assevera que a outorga mediante licitação, apesar de ser essencial ao regime da concessão, não é elemento constitutivo de sua identidade. Nas palavras do autor: “a qualificação do caso concreto como concessão é pressuposto para a aplicação do regime jurídico da licitação. É necessário reconhecer, previamente, se uma certa outorga configura concessão de serviço público. Se configurar, então se aplicará a licitação. A exigência de licitação é decorrência da presença da concessão. Logo, a alusão à obrigatoriedade da licitação não apresenta cunho definatório do instituto da concessão. Trata-se de exigência que integra o regime jurídico correspondente”. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões....** *Op. Cit.*, p. 54-55.

282 Egon Bockmann Moreira, na introdução de obra que se dedica à análise da Lei nº 8.987/1995 faz observação que, apesar de referir-se especificamente aos cuidados aplicados na elaboração da obra em questão, deve ser extrapolada e tomada como regra norteadora de toda a análise atinente à descentralização de serviços públicos. Diz o autor que: “O foco primário está na autonomia da própria Lei Geral de Concessões como o ponto de partida dessa evolução

A Lei nº 8.987, em seu parágrafo 2º define a concessão de serviço público como a “delegação da prestação de serviço público, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”. Por sua vez, concessão de serviço público precedida da execução de obra pública é definida como “a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstra capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado”.

Das descrições contidas na norma supracitada, depreende-se a existência de alguns elementos centrais, incontroversos e essenciais à caracterização do instituto jurídico da concessão de serviços públicos, quais sejam: a) a manutenção do serviço como público; b) a temporariedade da delegação e c) a natureza constitutiva da outorga da concessão.²⁸³

Nota-se que a principal diferença entre as duas modalidades de concessão está no objeto. Na concessão simples, o objeto do contrato é unicamente a execução de determinada atividade caracterizada como serviço público, já na concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, há uma duplicidade de objeto. O primeiro deles é o ajuste entre o poder concedente e o concessionário para a execução de determinada obra pública; o segundo, a prestação do serviço público consistente na exploração econômica do serviço ou da obra.

A outra modalidade de concessão, denominada pela doutrina de concessão especial, com o intuito de diferenciá-la da concessão comum, tratada anteriormente,

(normativa e fática), mas sem abdicar de que o direito das concessões convive com outros complexos de normas – jurídicas (Lei de Licitações e Contratações Administrativas, Lei de Processo Administrativo, Código Civil, Código do Consumidor etc.) e não jurídicas (morais, econômicas, técnicas, boas práticas etc.) -, os quais não podem ser desprezados. O mesmo se diga quanto ao escrito e julgado antes da promulgação da Lei Geral: esta não é oriunda de um *big-bang* normativo, doutrinário e jurisprudencial – como se possível fosse partir o tempo e ignorar todo o processo histórico a ela subjacente. MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões....** *Op. Cit.* p. 15.

283 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões....** *Op. Cit.* p. 55-56.

refere-se às parcerias público-privadas, concebidas com o objetivo de atrair investimentos do setor privado para projetos de infraestrutura que demandam capitais de grande vulto, constituindo-se em uma nova forma de participação do setor privado na implantação, melhoria e gestão da infraestrutura pública; uma alternativa à falta de recursos estatais para investimentos, como em portos e rodovias. Tais parcerias possuem natureza jurídica de contrato administrativo de concessão. Embora seja regida principalmente pela Lei 11.079/2004, este mesmo diploma normativo prevê também a possibilidade de aplicação subsidiária às concessões especiais de dispositivos da Lei 8.987/1995.²⁸⁴

No que diz respeito às permissões, a Lei 8.987/1995, em seu artigo 2º, as conceitua como “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica, que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”. Em seu artigo 40, a lei supracitada preceitua que “a permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente”.

Percebe-se que os dois pontos distintivos entre as concessões e as permissões reside na “precariedade” das segundas, uma vez que o contrato pode ser revogado de maneira unilateral pelo concedente e também no fato de que os permissionários podem ser pessoas físicas ou jurídicas enquanto os concessionários devem ser pessoas jurídicas ou consórcios.

A respeito dos critérios que orientam a utilização de um ou de outro instituto por parte do Estado, cabe ressaltar que não há discricionariedade, uma vez que são as características do serviço público que se pretende conceder que determinarão a escolha da modalidade adequada. A concessão é o instituto adequado às situações em que a transferência do serviço para a iniciativa privada impuser atuação de médio e longo prazo, enquanto a permissão será adequada para as situações em que a remuneração a curto prazo for suficiente para compensar o particular permissionário.²⁸⁵

Ao contrário das permissões e concessões, tratadas anteriormente, a figura jurídica da autorização, demanda uma maior cautela, uma vez que há algumas

284 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual....** Op. Cit. p. 389-392.

285 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões....** Op. Cit.. p. 113-114.

ambiguidades a respeito do tema no texto constitucional e também algumas discrepâncias doutrinárias.

A autorização aparece no texto constitucional em dois momentos, e com dois significados, aparentemente distintos. Primeiramente, o artigo 170 preceitua, em seu parágrafo único que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”. Em outro momento, no artigo 21, o texto constitucional preceitua que compete à União, explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de: telecomunicações; radiodifusão sonora, e de sons e imagens; serviços e instalações de energia elétrica, bem como o aproveitamento energético dos cursos de água; navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária; transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado; transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; portos.

Segundo Marçal Justen Filho, a expressão autorização é “absolutamente incompatível com a existência de um serviço público” e portanto, “não se outorga autorização de serviço público”, salvo em situações emergenciais e transitórias. “Somente se cogita de autorização para certas atividades econômicas em sentido restrito, cuja relevância subordina seu desempenho à fiscalização mais ampla e rigorosa do Estado”. Ao tecer estas afirmações, o autor estabelece uma conexão direta com entre os artigos 21 e 170 da Constituição, e declara que as atividades elencadas no artigo 21, quando autorizadas a particulares, são atividades econômicas (em sentido estrito), dotadas de peculiaridades e relevância das quais resulta um controle estatal mais intenso. Nestes casos, “a intervenção do estado não atinge a natureza do serviço nem altera o regime jurídico sob o qual se desenvolve, ainda que se imponham requisitos para o desempenho das atividades e se as subordine a controle de intensidade variável”.²⁸⁶ Depreende-se, portanto, que as atividades elencadas nos incisos XI e XII do artigo 21 da Constituição comportam exploração sob ambas as modalidades jurídicas – serviço público, submetido a regime jurídico de direito público e atividade econômica em sentido estrito, submetida a regime jurídico de direito privado.²⁸⁷

Celso Antônio Bandeira de Mello demonstra entendimento similar ao de

286 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões....** Op. Cit.. p. 44-49.

287 JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões....** Op. Cit.. p. 129-131.

Marçal Justen Filho, e acrescenta a possibilidade, excepcional, de se “resolver emergencialmente uma dada situação, até a adoção dos convenientes procedimentos por força dos quais se outorga permissão ou concessão”.²⁸⁸

Na visão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os serviços elencados no artigo 21 da Constituição, passíveis autorização, “não são atividades abertas á iniciativa privada, nem sujeitas aos princípios da ordem econômica previstos no artigo 170, tendo em vista que a Constituição os outorga à União”. Estes serviços são, na verdade, serviços públicos “impróprios”, porque quando executados por particulares, sob o regime da autorização, destinam-se ao atendimento, predominantemente, de suas próprias necessidades, e não da coletividade, como seria o caso dos serviços públicos “próprios”, cuja delegação somente pode ser operacionalizada por concessão ou permissão, nos moldes do artigo 150 da Constituição Federal.²⁸⁹

Por fim, divergindo dos autores acima arrolados, Egon Moreira Bockmann afirma que a delegação, mediante autorização, dos serviços elencados no artigo 21 da Constituição, não desvirtua o caráter de serviço público. Segundo este raciocínio, o que diferenciaria os serviços autorizados dos concedidos ou permitidos seria o regime jurídico aplicável, *sui generis*, traduzível em “regime jurídico de direito privado diferenciado por normas publicísticas excepcionais – inclusive e especialmente quanto ao acesso e ao desempenho”.²⁹⁰ De acordo com este raciocínio, ao contrário do que preceitua Maria Sylvia Zanella Di Pietro, estas autorizações não se revelam “simples medidas de polícia”,²⁹¹ de acentuada carga declaratória, conforme a noção clássica de autorização, mas sim, de natureza constitutiva do ato administrativo “que permite ao agente privado desenvolver, sob regime de direito privado administrativo, certa atividade atribuída ao Estado. Por isso que estas autorizações não apenas *autorizam*, mas igualmente *obrigam*”.²⁹²

O chamado “regime privado administrativo” seria, portanto, caracterizado por

288 A opinião do autor no que diz respeito à impossibilidade de delegação de serviços públicos por meio de autorização é reforçada pelo fato de, ao listar os serviços públicos que classifica como “serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas, não os prestando, terá de promover-lhes a prestação”, as únicas hipóteses de permissão elencadas pelo autor, mesmo ao referir-se explicitamente ao artigo 21, XI e XII, são a concessão e a permissão. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...** *Op. Cit.* p. 705-707.

289 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo....** *Op. Cit.* p. 313.

290 MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões....** *Op. Cit.* p. 66.

291 Locução utilizada pela autora cuja ideia se pretende contrapor. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo....** *Op. Cit.* p. 313.

292 Com a observação de que não há, na obra citada, qualquer contraposição explícita à noção apresentada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Contraposição esta, inserida neste parágrafo, apenas para ressaltar os diferentes posicionamentos adotados pelos autores. MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões....** *Op. Cit.* p. 66.

uma atividade econômica especialmente regulada, no que diz respeito ao “acesso, prestação, preços, universalidade, número de autorizações, localização geográfica, deveres de universalização etc”. Nos casos em que a lei infraconstitucional positivar a possibilidade de delegação por autorizações, (em absoluta consonância com as hipóteses constitucionalmente autorizadas), poderá haver a convivência dos autorizados com concessionários, permissionários, ou mesmo com a execução direta dos serviços por parte do Estado, em regime de competição.²⁹³

De acordo com este ponto de vista, a justificativa para este regime diferenciado reside na necessidade de inserir, de forma controlada, *players*, em setores tidos constitucionalmente como públicos, mas que demandam dinamismo e inovação, o que somente será possível através do estímulo à competição, algo evidentemente incompatível com o regime tradicional de delegações de serviços públicos.²⁹⁴

Encerrada a exposição das formas “tradicionais” de delegação, resta explicar a inserção da locução “outras formas” no título deste tópico. Trata-se de “brecha” concedida pela Lei 9.637/98, julgada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de possibilitar a inserção, no rol elencado, da possibilidade de repasse, por parte da Administração Pública, da gestão de escolas públicas, universidades estatais, hospitais, unidades de saúde, museus, entre outras autarquias, fundações e empresas estatais que prestem serviços públicos sociais para entidades privadas sem fins lucrativos como associações e fundações privadas qualificadas como organizações sociais.²⁹⁵

293 A respeito do “regime privado administrativo”, o autor explica que: “A rigor, a autorização tornou-se um *tertium genus*: não é o regime próprio dos tradicionais serviços públicos, nem tão pouco do extrato comum a todas as atividades econômicas privadas. Trata-se de autorização para o exercício privado de determinadas tarefas econômicas de titularidade da União que não se submetem restritivamente ao regime de concessões e permissões de serviços públicos”. MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões....** *Op. Cit.* p. 67.

294 MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões....** *Op. Cit.* p. 69.

295 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1923. Relator Min. Ayres Brito. Julgado em 16.04.2015, publicado em 04.05.2015: “1. A atuação da Corte Constitucional não pode traduzir forma de engessamento e de cristalização de um determinado modelo pré-concebido de Estado, impedindo que, nos limites constitucionalmente assegurados, as maiorias políticas prevaletentes no jogo democrático pluralista possam pôr em prática seus projetos de governo, moldando o perfil e o instrumental do poder público conforme a vontade coletiva. 2. Os setores de saúde (CF, art. 199, caput), educação (CF, art. 209, caput), cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225) configuram serviços públicos sociais, em relação aos quais a Constituição, ao mencionar que “são deveres do Estado e da Sociedade” e que são “livres à iniciativa privada”, permite a atuação, por direito próprio, dos particulares, sem que para tanto seja necessária a delegação pelo poder público, de forma que não incide, in casu, o art. 175, caput, da Constituição (...).

CAPÍTULO III – NATUREZA E REGIME JURÍDICO DO SERVIÇO DE PRATICAGEM

A tarefa que se pretende empreender neste terceiro e derradeiro capítulo, é determinar, ou ao menos tentar determinar, como o próprio título revela, a natureza e o regime jurídico do serviço de praticagem. O exercício é justificado porque a indeterminação a respeito do correto posicionamento da atividade perante o ordenamento jurídico brasileiro fomenta as polêmicas que pairam sobre o setor, motivadas: a) por pressões das grandes empresas de transporte marítimo, que acusam os práticos de cobrarem valores extorsivos devido ao fato de atuarem em regime monopolístico; b) pela imprensa sensacionalista, que realça a “vilania” dos práticos, através da veiculação de notícias que “sugerem” lucros astronômicos auferidos por ocupantes de sinecuras;²⁹⁶ c) por culpa do Governo Federal, que insiste em manter uma regulamentação setorial anacrônica, similar à utilizada no século XIX e d) pelo comportamento da própria categoria, que não demonstra um posicionamento coerente a respeito de como se percebe perante o ordenamento jurídico brasileiro, hora defendendo a sua posição como “delegatários de função pública”, hora afirmando que não devem se sujeitar a limitações impostas pelo Governo Federal, por atuarem em regime jurídico de direito privado.²⁹⁷

296 Apenas a título de exemplo: O GLOBO: **Práticos, ‘os flanelinhas de navios’, ganham até R\$ 300 mil mensais**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/praticos-os-flanelinhas-de-navios-ganham-ate-300-mil-mensais-6553997>>. Acesso em 26/07/2015. Também, reportagem veiculada pela revista Época: “A 400 metros da praia, o edifício de alto padrão Aliança Golden Residence é um dos mais conhecidos da cidade de Santos, litoral de São Paulo. Sua fama vem de um morador ilustre: o atacante Neymar ocupa uma cobertura tríplice, avaliada em quase R\$ 4 milhões. Quem teria um salário capaz de comprar uma das outras unidades do Aliança, com quatro suítes, cinco banheiros, área de 385 metros quadrados, ao custo de R\$ 2,8 milhões? Um peculiar grupo de trabalhadores tem: os manobristas de navios, ou práticos. (...) Três práticos vivem no mesmo prédio de luxo do jogador Neymar, onde um apartamento custa R\$ 2,8 milhões. Revista Época. **O governo tenta regular a profissão dos práticos, os manobristas de navios nos portos: Os profissionais são conhecidos como “marajás dos portos” por receber salários astronômicos**”. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2013/04/o-governo-tenta-regular-profissao-dos-praticos-que-manobram-navios-nos-portos.html>. Acesso em 26/07/2015.

297 Dois excertos de manifestações proferidas pelo Conselho Nacional de Praticagem – CONAPRA, representante da categoria, exemplificam esta contradição, que se perpetra em boa parte das manifestações da categoria. Em nota à imprensa em repúdio às tentativas de regulamentação dos preços dos serviços de praticagem, implementadas pelo Governo Federal, o CONAPRA afirma que: “A praticagem no Brasil é um **serviço eminentemente privado**, com formação de preços ditada pela **relação comercial entre empresas de praticagem e as corporações** dos armadores há décadas. A intervenção do governo nesta relação de caráter privado beneficia exclusivamente os armadores da navegação” (grifou-se). Disponível em: <<http://www.conapra.org.br/?p=2861>>. Acesso em 26/07/2015. Antagonicamente, em reportagem sobre a posse de novo presidente do CONAPRA, publicada em revista institucional, afirma-se: “Depois de elencar desafios, o prático lembrou que a **praticagem significa controle**

Desta forma, seguindo a lição de Geraldo Ataliba, que ensinava que: “o estudo de qualquer realidade – seja natural, seja intelectual – quer em nível científico, quer didático, será mais proveitoso e seguro, se o agente é capaz de perceber e definir o sistema formado pelo objeto e aquele maior, no qual este se insere”,²⁹⁸ tentar-se-á operacionalizar a subsunção nas noções a respeito do serviço de praticagem (nosso objeto), apresentadas no capítulo I, ao sistema maior, formado pelo arcabouço teórico a respeito da noção de serviço público (matriz à qual tentaremos subsumir o objeto), estudada no capítulo II, a fim de desvelar a peculiar posição que o setor ocupa perante o ordenamento jurídico brasileiro.

Esta verificação será realizada através da subsunção do objeto de estudo aos critérios clássicos referentes à disciplina dos serviços públicos (material, subjetivo e formal),²⁹⁹ entendendo, com a prudência demandada pela análise proposta, que somente será possível considerar como serviço público, o objeto que se adéque aos três critérios, ainda que, conforme verificado no capítulo 2 deste trabalho, alguns doutrinadores tendam a privilegiar algum dos critérios em detrimento dos outros. O objetivo é revelar se o serviço de praticagem é serviço público, atividade econômica em sentido estrito, ou ainda se enquadra-se em alguma das outras hipóteses de atividades administrativas estatais elencadas no item 3.3 do capítulo II.³⁰⁰

do Estado sobre a segurança da navegação. Salientando que a principal responsabilidade do prático é proteger o interesse público, ressaltou que um sistema regulatório eficaz, no qual práticos não são obrigados a competir entre si, assegura a autonomia dos profissionais da categoria em relação a pressões econômicas dos operadores dos navios e terminais” (grifou-se). Conselho Nacional de Praticagem – CONAPRA. Revista Rumos Práticos. n. 41. jun/2014 a jan/2015. Disponível em: <<http://online.fliphtml5.com/hcmw/rmba/#p=1>>. Acesso em 26/07/2015. Esclarecendo, o CONAPRA é uma associação profissional, sem fins lucrativos, que congrega Práticos brasileiros, tendo por finalidade representá-los perante autoridades governamentais entidades representativas de setores do meio marítimo nas questões ligadas à Praticagem. É reconhecido pela Autoridade Marítima como Órgão de Representação Nacional de Praticagem.

298 ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 4. Apud: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso... Op. Cit.** p. 95.

299 Optou-se por confrontar o objeto de estudo apenas aos três critérios clássicos, sob pena de, optando por um escopo demasiadamente amplo, perder o foco no objetivo que é fornecer, ao menos, uma noção basilar sobre o seu posicionamento perante o ordenamento jurídico brasileiro.

300 A fim de conferir dinamismo ao trabalho, serão utilizados os diversos conceitos a respeito dos serviços de praticagem apresentados no capítulo I e o arcabouço teórico a respeito dos serviços públicos compilado no capítulo II, fazendo novas referências e citações apenas quando forem absolutamente imprescindíveis. Sendo assim, presumindo que os capítulos supracitados contêm todas as informações necessárias à tarefa que se pretende realizar, remetemos o leitor a estes capítulos quando necessário elucidar conceitos e fontes não referenciados neste capítulo.

1. Do critério material

No que diz respeito ao critério material, desde os primórdios de sua existência, a atividade de praticagem consiste em assessoria (utilidade), prestada a todas as embarcações que necessitem acessar águas abrigadas e portos. Sua utilidade é justificada pela necessidade de minimizar os riscos de danos materiais e humanos envolvidos na passagem de grandes embarcações por áreas restritas, que possam oferecer obstáculos traiçoeiros dos quais a tripulação, por não estar familiarizada,³⁰¹ não tenha capacidade de se desvencilhar. A praticagem, que durante boa parte de sua evolução histórica não era sequer obrigatória na maioria das nações, mesmo representando um custo financeiro complementar, raramente era dispensada pelos comandantes que a viam como um alento e um bom investimento, em vista dos possíveis custos que um acidente, por menor que fosse, poderia gerar.

Esta discricionariedade na contratação dos serviços de praticagem evidenciava a noção de que havia um único beneficiário, representado pela figura do proprietário da embarcação ou de seu responsável (comandante ou armador). O serviço destinava-se, desta forma, a proteger o patrimônio privado, representado pela carga transportada, pela embarcação, e também, ainda que secundariamente, pela segurança e preservação das vidas dos tripulantes ou passageiros transportados.³⁰² Entretanto, mesmo em épocas remotas, onde imperava esta noção “egoística” a respeito da segurança naval, já havia uma preocupação do Estado em disponibilizar o serviço de forma regular e contínua, ciente de sua indispensabilidade

301 A questão da familiaridade é relativa, porém, é senso comum entre os habituados à navegação, que as condições em áreas costeiras e, notadamente, em estuários de rios, onde localizam-se grande parte dos portos brasileiros, são afetadas por um grande dinamismo geográfico em virtude, principalmente, das condições climáticas. Sendo assim, em questão de dias, ou mesmo de poucas horas, a depender de eventos atmosféricos, as condições de um determinado porto podem variar radicalmente tornando, o monitoramento constante e o conhecimento prospectivo a respeito dos efeitos destes eventos, a única maneira realmente eficaz de se evitar surpresas. No Brasil, desde a criação da Comissão Nacional Para Assuntos de Praticagem, pelo Decreto 7.860/2012, pairam diversos “boatos” sobre as intenções de mudanças que o Governo Federal Pretenderia implementar com relação aos serviços de praticagem. Um destes boatos diz respeito à possibilidade de comandantes “habituados” a atracar em determinados portos, dispensarem o serviço de praticagem, o que vai de encontro à questão da familiaridade, supracitada, uma vez que não há como estabelecer parâmetros seguros sobre o que poderia ser determinado como uma “habitualidade” capaz de gerar segurança numa manobra de aproximação e atracação.

302 Vale dizer que, mesmo em tempos onde a praticagem não era obrigatória, era praxe das seguradoras marítimas, cuja existência é praticamente tão antiga quanto a da própria navegação, recusarem-se a indenizar os acidentes que tivessem ocorrido em águas abrigadas, sem a presença de um prático a bordo, por interpretarem o fato como uma omissão ou imprudência do responsável pela embarcação, que teria dado causa ao dano. Tal exigência, via de regra, era formalizada nos contratos de seguro marítimo.

para a movimentação portuária e de seu consequente valor para a dinâmica da economia. A precoce regulamentação do setor no Brasil que, conforme evidenciado no item 2 do capítulo I deste trabalho,³⁰³ ocorreu apenas 6 meses após a chegada da corte portuguesa, e da consequente abertura dos portos, evidencia a ciência, por parte dos governantes, da imprescindibilidade da disponibilização dos serviços aos navegantes que precisavam acessar os portos nacionais e o reflexo da satisfação desta necessidade para a dinamização da economia.

Na quadra final do século XX, a consolidação da consciência a respeito da necessidade de preservação ambiental, aliada à ocorrência de tragédias ambientais relacionadas à flexibilização do rigor imposto às atividades portuárias, deflagrou um incremento da percepção governamental com relação à instrumentalidade dos serviços de praticagem para a preservação ambiental, uma vez que, em virtude dos expressivos volumes de combustível (próprio e transportado como carga) e outros produtos potencialmente lesivos, como fertilizantes, transportados pelas embarcações, acidentes ocorridos em manobras de entrada ou saída de portos poderiam causar danos expressivos ao meio ambiente.³⁰⁴

Outro fator que influenciou um recrudescimento governamental, no sentido de tornar a contratação dos serviços compulsória deriva da intensificação das movimentações portuárias e incremento do tamanho das embarcações. Muitos

303 Daí o elevado grau de detalhamento que se pretendeu conferir à evolução da prestação dos serviços de praticagem no Brasil, exposta no item 2 do capítulo I deste trabalho, ao qual, de antemão, remete-se o leitor, sempre que necessário elucidar aspectos históricos tratados de forma sintética neste capítulo.

304 O derramamento de petróleo provocado pelo navio Exxon Valdez em março de 1989, em área próxima ao Alaska, é tido como uma das maiores tragédias ambientais da humanidade e especula-se que o acidente tenha ocorrido devido a uma flexibilização das regras de praticagem locais, visando a economia das empresas de transporte marítimo. Ocorre que, a fim de reduzir o número de horas que o práctico permaneceria embarcado nos navios, tanto para a entrada no porto de Valdez, Alaska, quanto para a saída, gerando uma consequente redução dos emolumentos devidos, a área de “praticagem obrigatória” foi delimitada muito aquém do que o realmente necessário. O acidente do Exxon Valdez ocorreu durante uma manobra de saída do porto, quando o navio já se encontrava fora da área de praticagem obrigatória e, portanto, o Prático responsável já havia abandonado o navio e retornado ao continente. A tripulação, subestimando a geografia traiçoeira e as correntes locais, navegava em velocidade acima do limite recomendado para a área e falhou em, após visualizar um farol que servia de parâmetro para correção de rumo, tomar as providências com a celeridade necessária, fazendo com que o navio atingisse uma área re corais, provocando danos ao casco e consequente vazamento do petróleo. Após o acidente, a área de praticagem obrigatória local foi ostensivamente ampliada e, em toda a América do Norte, as regras de praticagem foram recrudescidas. Para mais informações sobre os acidente e as providências posteriores: USA. The National Response Team. **The Exxon Valdez Oil Spill – A Report to the President**. Disponível em: <<http://www.uscg.mil/history/webshipwrecks/exxonvaldeznr1989report.pdf>>. Acesso em 10/07/2015. Também: Exxon Valdez Oil Spill Trustee Council. **Spill Prevention and Response**. Disponível em: <http://www.evostc.state.ak.us/index.cfm?FA=facts.response>. Acesso em 10/07/2015.

portos tornaram-se progressivamente mais movimentados, atingindo níveis em que, mesmo com a totalidade de sua estrutura funcionando em tempo integral, é inevitável a formação de filas de espera para a carga e descarga de mercadorias. Em virtude deste dinamismo, um acidente, além das consequências humanas, patrimoniais e ambientais supracitadas, pode provocar consequências nefastas para a economia do Estado, uma vez que a interdição de um canal de acesso ou de um trecho do porto, ainda que por algumas horas, ou alguns dias (o que é mais comum), tende a desestabilizar, senão paralisar completamente as atividades, provocando um caos logístico com nefastos efeitos econômicos.

Com base no exposto acima, é possível afirmar que o serviço de praticagem se presta à satisfação de um amplo rol de necessidades individuais, mas também gerais, coletivas e públicas, na medida em que resguarda: a) o patrimônio pessoal do proprietário da embarcação e da carga transportada; b) as vidas humanas de tripulantes e passageiros;³⁰⁵ c) o meio ambiente, que pode ser profundamente afetado por acidentes que provoquem o vazamento de produtos tóxicos e d) a economia estatal, uma vez que acidentes tendem a inviabilizar setores portuários inteiros e vias de acesso, provocando prejuízos astronômicos em decorrência da desestabilização logística portuária.

A análise das premissas supracitadas, em cotejo com as noções teóricas a respeito do instituto jurídico dos serviços públicos permite, admitindo-se, por hipótese, o enquadramento do serviço de praticagem como tal, afirmar que seriam serviços públicos econômicos e, simultaneamente, singulares (*uti singuli*) e coletivos (*uti universi*), uma vez que se destinam a satisfazer as necessidades tanto dos tomadores diretos, representados pelos responsáveis pela embarcação, quanto da sociedade como um todo, na medida em que todos se beneficiam da proteção

305 Não se pode olvidar que todos os grandes navios de cruzeiro, assim como os cargueiros, em geral, são obrigados a contratar o prático para assessorar o comandante nas manobras de aproximação, atracação, desatracação e afastamento. O recente e emblemático caso Costa Concordia bem ilustra os riscos que a navegação imprudente podem trazer para a vida humana. O acidente, que foi causado, provavelmente por uma sequência de pequenos erros operacionais no cálculo da rota da embarcação, ocorreu numa área onde, apesar de obstáculos traiçoeiros, a praticagem não é obrigatória, fazendo com que a imperícia da tripulação para lidar com as peculiaridades locais, aliada à economia equivalente a menos que o valor de uma lata de refrigerante por passageiro, custasse 32 vidas, e poderia ter custado muitíssimas mais, não fosse a atitude do Comandante que, atenuando os resultados de seu erro, tomou a prudente medida de, percebendo a gravidade da colisão, manobrar para posicionar a embarcação sobre o leito de rochas submersas sobre o qual havia colidido, evitando assim que o navio afundasse por completo o que, certamente, provocaria um número muito maior de óbitos. PIMENTA, matusalém Gonçalves. **Processo Marítimo – Formalidades e Tramitação**. 2. ed. Barueri: Manole, 2013. p. 112-122.

ambiental e da estabilização econômica para as quais a prestação dos serviços contribui.

Outra linha de raciocínio, entretanto, poderia levar à conclusão de que, no que diz respeito ao aspecto material, hora analisado, o que, no parágrafo anterior foi chamado de serviço público coletivo (*uti universi*) seria, na verdade, uma função pública, destinada à preservação do próprio Estado e não à satisfação de necessidades concretas de seus habitantes.³⁰⁶

Independentemente da classificação como serviço público ou função pública sugerida pela análise do serviço de praticagem perante o critério material, especificamente no que diz respeito aos bens jurídicos protegidos e necessidades atendidas, há, na NORMAM-12, dispositivo que revela, ainda que de forma reflexa, a noção da imprescindibilidade da praticagem para a salvaguarda do nobilíssimo rol de bens jurídicos cujo Estado, através da figura do prático, se destina a resguardar. Trata-se da alínea “m” do item 0228, que determina que: “Compete ao Prático, no exercício de suas funções (...) *Executar as atividades do Serviço de Praticagem, mesmo quando em divergência com a empresa de navegação ou seu representante legal*, devendo os questionamentos serem debatidos nos foros competentes, sem qualquer prejuízo para a continuidade do Serviço (grifou-se)”.

O dispositivo supracitado revela que a função exercida pelo profissional, em virtude do seu mérito na proteção de valores indisponíveis, supera a noção de simples atividade econômica negocial, uma vez que sua liberdade de negociação é amplamente restringida. Se há amplo debate nos tribunais nacionais a respeito da possibilidade de supressão de serviços considerados públicos, em virtude do não pagamento de suas respectivas taxas, a aplicabilidade do princípio da continuidade ao serviço de praticagem parece operar de forma muito mais rígida que em muitos dos serviços pacificamente considerados como públicos, uma vez que a norma positivada determina a impossibilidade de recusa da prestação por falta de ajuste entre as partes, relegando o debate acerca dos aspectos mercantis para segundo plano.³⁰⁷

306 A respeito da diferença entre as chamadas funções públicas (ou funções de Estado) e os serviços públicos, Dinorá Adelaide Musetti Grotti explica que: “Embora haja entre a função e o serviço público uma nota comum característica – a atividade –, não se pode identificar ou assimilar essas duas importantes categorias jurídicas. Mas a função pública e o serviço público atuam em distintos âmbitos, e nem sempre com iguais destinatários. A noção de função pública é, em seu conteúdo objetivo, mais ampla e geral que a de serviço público”. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público....Op. Cit.** p. 110-111.

307 Evidentemente, a disposição normativa a respeito da impossibilidade de recusa da prestação

Em resumo, a análise quanto aos bens jurídicos diretamente resguardados pelo serviço de praticagem parece demonstrar, ao menos no que diz respeito ao aspecto material, a *possibilidade* de enquadrá-lo como serviço público. Entretanto, cabe analisar os demais critérios a fim de verificar se permitem conclusões similares às atingidas através deste raciocínio preliminar.

2. Do critério formal

O serviço de praticagem está subordinado a um regime jurídico híbrido *sui generis*. Trata-se, a princípio, de atividade desempenhada em regime jurídico de direito privado altamente relativizado pela obrigatória subordinação a um elevadíssimo grau de regulamentação e controle estatal, motivado pelo fato de a atividade ser considerada “essencial” pela Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário, em virtude de destinar-se à proteção de amplo rol de bens jurídicos citados anteriormente, quando do estudo do critério material. Cabe averiguar, entretanto, se há prevalência entre um destes dois regimes, ou seja, se de fato procede a afirmação tecida no início deste raciocínio, a respeito de um regime jurídico de direito privado sujeito à intensa regulamentação estatal, ou se a intensidade deste controle é capaz de subverter a ordem dos fatores, possibilitando-se cogitar de um regime jurídico de direito público dotado de algumas flexibilizações pontuais em prol de um regime jurídico de direito privado.

A primeira evidência do controle estatal é a restrição de acesso à carreira, garantido apenas aos que lograrem aprovação em processo seletivo,³⁰⁸ realizado em moldes, em muito semelhantes à disciplina dos concursos públicos, que se prestam a regulamentar a contratação de servidores, empregados públicos e membros dos Poderes Judiciários e Ministérios Públicos (federal e estaduais). Além de requisitos “padrão” como nacionalidade, idade mínima e graduação em nível superior, o

dos serviços diz respeito, também aos outros critérios qualificadores da noção de serviço público presentes neste capítulo, a saber, critério formal, pois denota a evidente peculiaridade do regime jurídico a que estão submetidos os serviços de praticagem, que em muito se distancia do regime jurídico de direito privado puro; e também no que diz respeito ao critério subjetivo, uma vez que a retirada da autonomia do prático quanto à possibilidade de escolher seus clientes, mesmo em situação que já possua dívidas não quitadas, evidencia, como se pretende comprovar em tópico seguinte, que a titularidade dos serviços pertence ao estado, e não aos Práticos, meros delegatários.

308 O primeiro ponto digno de nota é a denominação recebida pelo certame, que não se trata de concurso público, mas sim de mero processo seletivo, demonstrando que, ao menos formalmente, não se pretende conferir à praticagem tratamento similar ao dos serviços públicos.

processo seletivo exige do candidato a prévia qualificação como aquaviário profissional ou amador, em níveis específicos.³⁰⁹

Após a aprovação no processo seletivo, tendo recebido a Habilitação de Praticante e Prático, o candidato deve se submeter a longo período de treinamento, estabelecido pela Capitania dos Portos com jurisdição sobre a Zona de Praticagem, com duração mínima de 12 e máxima de 15 meses, para que finalmente possa prestar o exame de habilitação para prático perante banca composta pelo Capitão dos Portos, por um prático da respectiva ZP e por um Comandante de Longo Curso da Marinha Mercante, que poderá ser substituído por um Oficial Superior, da ativa ou da reserva remunerada, do Quadro de Oficiais da Armada da Marinha do Brasil.

Aspecto revelador do regime jurídico a que se submete o serviço de praticagem diz respeito às consequências geradas pela combinação do parágrafo 2º do artigo 13 e do artigo 14 caput e parágrafo único, inciso I, da Lei 9537/97, que determinam respectivamente que “A manutenção da habilitação do prático depende do cumprimento da frequência mínima de manobras estabelecida pela autoridade marítima”, que “o serviço de praticagem, considerado atividade essencial, deve estar permanentemente disponível nas zonas de praticagem estabelecidas” e que “Para assegurar o disposto no caput deste artigo, a autoridade marítima poderá: I - estabelecer o número de práticos necessário para cada zona de praticagem”.³¹⁰ Com o objetivo de operacionalizar estes parâmetros impostos pela lei, e ainda em consonância com as recomendações da International Maritime Pilots' Association, a NORMAM-12 determina, em seu item 0226, implementação para cada uma das Zonas de Praticagem, de escala de rodízio única de serviço de prático.³¹¹

309 De acordo com o item 0212 da NORMAM-12, para poder concorrer no certame, o candidato deve: “Ser aquaviário da seção de convés ou de máquinas e de nível igual ou superior a 4 (quatro), Prático ou Praticante de Prático até data estabelecida no Edital; ou pertencer ao Grupo de Amadores, no mínimo na categoria de Mestre-Amador, até a data de encerramento das inscrições, inclusive conforme a correspondência com as categorias profissionais estabelecida nas “Normas da Autoridade Marítima para Amadores, Embarcações de Esporte e/ou Recreio e para Cadastramento e Funcionamento das Marinas, Clubes e Entidades Desportivas Náuticas (NORMAM-03/DPC)”. Tal requisito garante, por si só, que o candidato possua um razoável grau de familiaridade com atividades correlatas à navegação marítima,.

310 Estes parâmetros obedecem a princípios básicos elencados pela International Maritime Pilots' Association como recomendáveis a qualquer regime regulatório de serviços de praticagem. Disponível em: <http://www.impahq.org/impahq_policies.php>. Acesso em 25/07/2015.

311 Normas da Autoridade Marítima para o Serviço de Praticagem – NORMAM-12/DPC: “0226 - ESCALA DE RODÍZIO ÚNICA DE SERVIÇO DE PRÁTICO a) É estabelecida especificamente para cada ZP e inclui todos os Práticos habilitados e aptos em atividade na ZP, independentemente da sua forma de atuação, por meio da qual os Práticos são divididos, obrigatoriamente, entre os seguintes grupos: 1) Práticos em Período de Escala; 2) Práticos em Período de Repouso; e 3) Práticos em Período de Férias. b) Essa escala visa garantir a disponibilidade ininterrupta do Serviço de Praticagem e evitar a fadiga do Prático na execução

A Conjunção destes fatores supracitados, que tem o objetivo primordial de incrementar a segurança das operações portuárias através de metodologia que permita o exercício constante e igualitário das habilidades de cada um dos Práticos lotados numa determinada Zona de Praticagem, sem que precisem se preocupar com questões de cunho meramente negocial, acaba por gerar uma espécie de monopólio jurídico, impeditivo da implementação de um mercado concorrencial, uma vez que a contratação dos serviços é obrigatória e não há possibilidade de escolha, por parte do contratante, do profissional que lhe prestará serviço, em virtude da incontornável necessidade de obediência à escala elaborada pela Autoridade Marítima.³¹²

O aspecto monopolístico dos serviços de praticagem sempre foi fonte de polêmica, tanto no Brasil quanto no restante do mundo, notadamente deflagrada por grandes empresas de frete marítimo e armadores, uma vez que existe a tendência destes *players* preocuparem-se predominantemente com o incremento de sua margem de lucro em detrimento de questões referentes à soberania e à preservação econômica e ambiental das nações onde operam.³¹³

das fainas de praticagem. Adicionalmente, contribui para a manutenção da habilitação do Prático. c) Período de Escala é o número de horas ou de dias consecutivos durante os quais o Prático está à disposição para ser requisitado a realizar fainas de praticagem. Esse período é subdividido em Período de Serviço e Período de Sobreaviso. 1) Período de Serviço é aquele, dentro do Período de Escala, durante o qual o Prático está efetivamente em faina de praticagem. A faina de praticagem começa a ser contada, em termos de tempo, a partir do início do deslocamento da embarcação com o Prático a bordo. O tempo de espera do Prático a bordo, por qualquer motivo, desde que devidamente acomodado, será considerado sobreaviso (Prático à disposição do Armador, a bordo). 2) Período de Sobreaviso é aquele, dentro do Período de Escala, durante o qual o Prático não está atuando efetivamente em fainas de praticagem, porém está à disposição para ser requisitado. Na faina de praticagem de longa duração, o período de descanso do Prático, por motivo de revezamento, também é considerado Período de Sobreaviso. d) Período de Repouso é o período de tempo ininterrupto, que antecede ou sucede a um Período de Escala, durante o qual o Prático não está disponível para ser requisitado a realizar faina de praticagem, a não ser em caso de emergência ou na situação em que há risco para a vida humana. e) Período de Férias é o período, nunca inferior a trinta dias em cada ano, dos quais pelo menos quinze dias consecutivos, durante o qual o Prático não está disponível para ser requisitado a realizar faina de praticagem em quaisquer circunstâncias”.

312 Estudo realizado pela Danish Maritime Pilots Association, com o objetivo de determinar possibilidades de mudança no cenário de praticagem do Mar Báltico, uma das regiões de tráfego marítimo mais intenso do mundo, chegou à conclusão, após analisar a experiência internacional com a implementação de livre concorrência nos serviços de praticagem de diversas nações, que a desregulamentação e implementação de mercados concorrenciais nos serviços de praticagem, via de regra, mostrou-se diretamente atrelada a um incremento no número de acidentes portuários graves. Disponível em: <<http://danskilodser.dk/wordpress/wp-content/uploads/analysis-of-the-danish-piloting-service.pdf>>. Acesso em 24/07/2015.

313 Em 2005, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE reconheceu, em parecer decorrente de Processo Administrativo para apuração de possível prática, pela Associação dos Práticos do Estado do Paraná – APEP, de infrações à ordem econômica, consistentes em limitar, falsear ou de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva posição dominante, que as peculiaridades inerentes ao regime jurídico ao qual o serviço de praticagem está submetido, inviabiliza a

Importante ressaltar que não é a formação do monopólio da praticagem que conduz ao incremento da segurança nas atividades portuárias. Este, na verdade, é um inevitável efeito colateral da política implementada pela Autoridade Portuária, em consonância com os preceitos ditados pela International Maritime Organization e a International Maritime Pilots' Association. Ocorre que a rígida imposição de limite quantitativo de profissionais habilitados a trabalhar numa determinada área portuária,³¹⁴ aliada à necessidade de estrita obediência à escala de rodízio implementada pela Autoridade Marítima, tem o objetivo de permitir o acesso igualitário dos Práticos às “fainas de praticagem”, ao longo de todo o ano, garantindo o seu constante exercício, contato com a dinâmica geográfica local e, por consequência, permitindo uma otimização da capacidade destes profissionais no gerenciamento dos riscos que, em sua atividade de assessoria, se destinam e amenizar.

Esta formação artificial de um monopólio que, por suas peculiaridades, inviabiliza a sujeição das atividades de praticagem às “regras de mercado”, talvez seja o elemento mais marcante do setor, e acaba por mitigar fortemente uma das poucas características que poderiam levar à suposição de submissão das atividades ao regime jurídico de direito privado, representada pela possibilidade de livre

caracterização da atuação monopolística das empresas de praticagem como infracional à ordem econômica. Segundo o Parecer: “Mediante a análise dos autos, observa-se que as condutas imputadas a Representada possuem como causas diretas a autorização legislativa do ente regulador do mercado em análise, o que por si só, relativiza de sobremaneira a possibilidade de tipicidade e consequente subsunção dos atos praticados à *fattispecie* punível da Lei Antitruste, ficando caracterizado o estrito cumprimento do dever legal”. BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Processo Administrativo nº 08012.006144/1999-19. Parecer CADE nº 485/2005. Nancy de Abreu. Procuradora Federal do CADE.

- 314 A limitação imposta pela Autoridade Marítima diz respeito à quantidade de profissionais habilitados, e não à quantidade de possíveis associações formadas por estes Práticos, desde que respeitado o quantitativo máximo de Práticos por Zona de Praticagem, estipulado com base no histórico de movimentação daquela ZP, do tempo necessário para a realização das manobras e, evidentemente, levando em consideração a quantidade de profissionais atuando a cada turno, a fim de garantir a continuidade de prestação dos serviços. Ainda no que diz respeito à quantidade de associações, a experiência prática demonstra que, via de regra, à exceção de Zonas de Praticagem com um número expressivo de Práticos lotados, como é o caso da ZP-1, que em virtude de peculiaridades locais (navegação em trecho extenso do rio Amazonas onde o prático pode permanecer por mais de três dias embarcado) possui um número desproporcionalmente maior de vagas do que as demais, os Práticos organizam-se em apenas uma ou duas associações, a fim de garantir uma economia de escala no que diz respeito à manutenção da estrutura de apoio (atalaia) e das embarcações que utilizam para o desempenho de suas atividades (lanças de prático). Nada impede, contudo, que o prático opte por trabalhar de forma completamente autônoma, porém, esta possibilidade resta praticamente inviabilizada em vista dos expressivos custos operacionais necessários para o desenvolvimento dos serviços. Uma terceira hipótese, representada pela permissão de contratação do prático por empresa especializada, também se mostra inviabilizada, desta vez, pela “cultura” do setor onde, via de regra, os profissionais que concluem com sucesso o programa de Praticante de Prático e logram êxito na habilitação para Prático, são convidados a se associar às associações preexistentes.

organização e atuação dentro dos limites legais, bem como da formação de preços capazes de aliar o custeio das atividades à competitividade mercadológica. Ocorre que, como não há concorrência entre os prestadores dos serviços e a demanda é altamente inelástica, uma vez que são obrigados por lei à contratação dos serviços dentro do estrito mercado disponível, os tomadores, querendo atracar em portos brasileiros, devem se sujeitar aos preços impostos pelos Práticos, acusados, muitas vezes, de cobrarem preços exorbitantes, valendo-se de sua “posição privilegiada”.³¹⁵

Ressalte-se que, prevendo os reflexos mercadológicos do peculiar regime jurídico imposto aos serviços de praticagem, a Lei 9.537/97, em seu artigo 14 determina que: “O serviço de praticagem, considerado atividade essencial, deve estar permanentemente disponível nas zonas de praticagem estabelecidas. Parágrafo único. Para assegurar o disposto no caput deste artigo, a autoridade marítima poderá: (...) II - fixar o preço do serviço em cada zona de praticagem”. Esta possibilidade de controle foi regulamentada pelo item 501 da NORMAM-12,³¹⁶ que instituiu mecanismos que, por algum tempo, foram a única forma de controle dos preços cobrados. A Autoridade Marítima, no exercício destas atribuições, atua como mediadora em processos de fixação de preços nos quais as partes (Práticos e armadores) não tivessem chegado a um consenso.³¹⁷

315 A respeito dos custos cobrados pelo serviço de praticagem brasileiro, estudo da Fundação Getúlio Vargas aponta para o fato de que, via de regra, os valores nacionais mostram-se similares aos de praticamente todos as grandes economias ocidentais. Para obter informações técnicas a respeito dos valores cobrados pelo serviço de praticagem, a leitura do relatório elaborado pela FGV é altamente recomendável, ainda que tenha sido elaborado com base em estudo encomendado pelos representantes da praticagem de Santos-SP, característica que presume-se irrelevante, em virtude da credibilidade da instituição de pesquisa. Fundação Getúlio Vargas. **Análise da Competitividade Internacionais dos Valores Cobrados pelos Serviços de Praticagem no Porto de Santos**. FGV, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.sppilots.com.br/arquivos/r13.pdf>>. Acesso em 20 de março de 2015.

316 A respeito do controle de preços, a NORMAM-12 determina que: “a) Para assegurar a permanente disponibilidade do Serviço de Praticagem, que é uma atividade essencial, a DPC poderá fixar os preços dos Serviços nos casos em que não houver acordo entre tomador e prestador. b) Para a fixação dos preços, o DPC instituirá uma Comissão para elaborar o estudo para cada caso específico. c) Durante o desenvolvimento do trabalho, a Comissão buscará sempre um acordo entre as partes. Não obtido, instruirá o processo administrativo interno, não contencioso e, ao final, emitirá um relatório circunstanciado que deverá conter as sugestões dos preços a serem fixados, para decisão final do DPC. d) Os preços fixados pelo DPC terão caráter temporário, não se aplicando aos acordos em vigor ou que venham a ser estabelecidos. Não se pretende substituir as partes no estabelecimento dos preços a serem praticados, mas tão somente garantir a prestação ininterrupta do Serviço de Praticagem, devendo as partes buscarem um acordo quanto aos preços considerados satisfatórios para ambas. e) O DPC poderá, ainda, instituir uma Comissão para discussão dos assuntos afetos aos preços dos Serviços de Praticagem, buscando o aperfeiçoamento da sistemática empregada na fixação desses preços, sempre com vistas a garantir a segurança da navegação. Para esta Comissão, a critério do DPC, poderão ser convidados representantes de setores envolvidos”.

317 A síntese da atuação da Autoridade Marítima em processos de fixação de preços pode encontrarse disponível em:

Em 2012, cedendo às pressões das grandes empresas de transporte marítimo, sob o argumento de que os supostamente exorbitantes valores cobrados pela praticagem brasileira interferiam no chamado “custo Brasil”,³¹⁸ podendo levar a impactos negativos para a economia nacional, o Governo Federal criou, através do Decreto nº 7.860/2012, a Comissão Nacional para Assuntos da Praticagem - CNAP, representado pela Autoridade Marítima (que a preside), Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP-PR), Ministério da Fazenda, Ministério dos Transportes e Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ). Os objetivos da CNAP, segundo se depreende da dicção do seu decreto instituidor são: “(...) estabelecer: I - metodologia de regulação de preços do serviço de praticagem;³¹⁹ II - preços máximos do serviço de praticagem em cada Zona de Praticagem; III - medidas para o aperfeiçoamento da regulação do serviço de praticagem em cada Zona de Praticagem; e IV - abrangência de cada Zona de Praticagem”. A Criação da CNAP, contudo, não retira a competência da Autoridade Marítima para a fixação de preços em caso nos casos nos quais não haja consenso entre as partes, conforme o art. 14 da Lei de Segurança do Tráfego Nacional, servindo apenas como instrumento para subsidiar a sua atuação,³²⁰ ainda que mediante a mitigação de sua

<https://www.dpc.mar.mil.br/sites/default/files/ssta/traquav/precos_praticagem.pdf>. Acesso em 24/07/2015. Depreende-se dos dados disponibilizados pela Diretoria de Portos e Costas, que o último processo em que a Autoridade Marítima efetivamente agiu impositivamente na fixação dos preços foi em 2011, resultando na Portaria 237/DPC/2011, disponível em: <<https://www.dpc.mar.mil.br/sites/default/files/portaria23711.pdf>>. Acesso em 24/07/2015, onde foram fixados arbitrariamente os preços a serem cobrados pela Praticagem S/S LTDA, à Petróleo Brasileiro S.S. LTDA, para manobras realizadas na ZP-16 (Santos e São Sebastião).

318 Sobre a pressão dos armadores internacionais por uma desregulamentação tendenciosa dos serviços de praticagem, recomenda-se a leitura do artigo “Omissões de portos, THC e praticagem: Somos bobos?”, publicado no site “Usuários dos Portos do Rio de Janeiro”. Disponível em: <<http://www.uprj.com.br/omissoes-de-portos-thc-e-praticagem-somos-bobos.html>>. Acesso em 11/07/2015.

319 A metodologia de regulação proposta pela Comissão Nacional para assuntos de Praticagem encontra-se disponível em: <<https://www.dpc.mar.mil.br/sites/default/files/ssta/legislacao/resolucao/proposta.pdf>>. Acesso em 28/07/2015.

320 A legalidade da atuação subsidiária da Comissão Nacional para Assuntos de Praticagem é reconhecida pelo Judiciário Federal, como se depreende da decisão em Apelação Cível na qual questionava-se esta legitimidade: “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. AGRAVO INTERNO. PRATICAGEM. REAJUSTE DE PREÇOS. ESTUDOS DA COMISSÃO NACIONAL PARA ASSUNTOS DE PRATICAGEM. MANUTENÇÃO DOS PREÇOS ANTERIORES. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO E DA ILEGALIDADE DO ATO APONTADO COMO COATOR. I- No caso vertente, a Impetrante não demonstrou a existência de direito líquido e certo a ser amparado pelo Poder Judiciário, não demonstrando, tampouco, a ilegalidade ou abuso de poder do ato administrativo atacado. II- Com efeito, a Lei nº 9.537/1997, em seu artigo 14, Parágrafo Único, inciso II, dispõe que a autoridade marítima poderá fixar o preço do serviço de praticagem, devendo ser compreendida, a expressão “poderá” como um dever da Administração de assegurar a obrigatoriedade da prestação dos serviços de praticagem, justamente em casos como o dos autos, em que não haja acordo entre as partes

autonomia.³²¹

Independentemente da interpretação judicial a respeito da legitimidade da Comissão Nacional para Assuntos de Praticagem no que diz respeito à imposição de preços máximos, a simples e inequívoca atribuição da Autoridade marítima no sentido de decidir, de forma arbitral, os casos em que não haja consenso entre os contratantes a respeito dos preços, demonstra, novamente, a peculiaridade do setor e o inevitável afastamento da aplicabilidade do regime jurídico de direito privado às

envolvidas na negociação, tendo em vista a essencialidade do referido serviço. III- O ato apontado como coator apenas cuidou de esclarecer que, até a conclusão dos estudos da Comissão Nacional para Assuntos de Praticagem, instituída exatamente para amparar tecnicamente as decisões a serem tomadas pela Autoridade Marítima, não haveria como promover o reajuste requerido, não se verificando, aí, qualquer ilegalidade. IV- Não há qualquer prova nos autos que infirme a manifestação da aludida Comissão pela manutenção dos preços fixados anteriormente, mormente se considerarmos que referidos estudos, ao que tudo indica, foram recentemente concluídos, tendo sido aprovada nova metodologia de regulação de preços do serviço de praticagem, através da Resolução nº 3, de 23 de setembro de 2013 (DOU de 25/09/2013, nº 186, Seção 1, pág. 62). V- Também não há nos autos prova pré-constituída de que a negativa do reajuste pleiteado pela Impetrante venha, efetivamente, comprometendo a sua adequada remuneração pelo serviço prestado. VI- Não pode o Poder Judiciário substituir a Administração Pública para determinar a adoção de determinada sistemática de atualização de preços do serviço de praticagem, área estratégica para a economia do país, posto que intimamente ligada ao transporte marítimo nacional e internacional, quando a própria Administração entende que, para tanto, são necessários estudos complexos para aferir-se a melhor metodologia de regulação de tais preços, através de uma Comissão especialmente constituída para este fim. VII- Em que pese a relevância dos argumentos da recorrente, a comprovação de suas alegações quanto à existência do direito vindicado e quanto à ilegalidade do ato apontado como coator não prescinde de dilação probatória e esta é incompatível com a estreita via do mandamus. VIII- Agravo Interno improvido”. BRASIL. Tribunal Regional Federal – Segunda Região. Apelação Cível 612203. Relator Desembargador Federal Reis Friede. Julgado em 05.02.2014, publicado em 18.02.2014.

- 321 Em contraposição a este entendimento, diversas associações de práticos insurgiram-se contra a atuação da CNAP, no sentido de estipular preços máximos a serem cobrados pelos serviços, sendo bem sucedidas em diversos de seus pleitos, a exemplo do Mandado de Segurança impetrado pelo Sindicato dos Práticos do Estado do Paraná, cuja decisão, apensar de longa, merece citação ampla, uma vez que representa o teor de muitas das decisões judiciais que, até o presente momento, inviabilizaram a aplicabilidade da tentativa de imposição de regulamentação mercadológica para o setor: “SINDICATO DOS PRÁTICOS DOS PORTOS E TERMINAIS MARÍTIMOS DO ESTADO DO PARANÁ impetra mandado de segurança preventivo, com pedido de liminar, contra ato a ser praticado pelo DIRETOR DE PORTOS E COSTAS DA MARINHA DO BRASIL, consistente no tabelamento de preços dos serviços de praticagem. Como causa de pedir, alega que esse tabelamento é iminente e que violaria direito líquido e certo de convencionarem livremente os preços junto aos armadores de navios, violando os princípios constitucionais da livre iniciativa e da reserva de lei. Aduz que o serviço de praticagem, na forma da Lei nº 9.537/1997, é atividade essencial, executada por práticos devidamente habilitados, e que “é assegurado a todo prático, na forma prevista no caput deste artigo, o livre exercício do serviço de praticagem” (§3º, art. 13, Lei nº 9.537/1997). Em decorrência da essencialidade, afirma que a lei confere à autoridade marítima a prerrogativa de fixar preços, mas apenas com a finalidade de assegurar a disponibilidade permanente do serviço, se e na medida em que esta disponibilidade estiver em risco (art. 14, Lei nº 9.537/1997). Relata que, apesar de o Decreto nº 2.596/1998 regular satisfatoriamente a matéria, o Decreto 7.860/2012 alterou substancialmente sua disciplina, criando a Comissão Nacional para Assuntos de Praticagem que, entre suas atribuições, deveria propor “preços máximos do serviço de praticagem em cada Zona de Praticagem” (art. 1º, II, Decreto nº 2.596/1998) – o que violaria o princípio da reserva de lei, uma vez que esta só autoriza a fixação de preços com o fito

atividades referentes à praticagem, uma vez que, mediante o impasse gerado pela obrigatoriedade de contratação dos serviços, que são inevitavelmente fornecidos sob a aforma de monopólio, a Autoridade Marítima atua como verdadeira representante estatal, de forma muito similar às agências reguladoras, apesar de formalmente, evidentemente, não haver nenhuma possibilidade de classificá-la como tal.³²²

Uma vez esgotada a discussão a respeito das polêmicas questões referentes

específico de assegurar a permanência da prestação do serviço de praticagem. Nesse contexto, afirma que as atividades da referida Comissão tiveram início nos primeiros meses de 2014, seguindo-se uma série de atos tendentes à fixação de preços máximos do serviço de praticagem, fixação essa que esta ação mandamental visa prevenir. Inicial às fls. 1/22, acompanhada dos documentos às fls. 23/297. Custas recolhidas às fls. 24. Petição e documentos do Impetrante às fls. 302/309. É o relato do necessário. Insurge-se preventivamente a associação impetrante contra a possibilidade de a Comissão Nacional para Assuntos de Praticagem, no exercício do que dispõe o art. 1º, II, do Decreto 7860/2012, fixar “preços máximos do serviço de praticagem em cada zona de praticagem”, ao fundamento de que o decreto exacerba seu poder regulamentar da Lei 9537/1997. Conforme o art. 7º, III, da Lei 12016/2009, havendo fundamento relevante e justo receio de ineficácia da medida final, o juiz pode determinar a suspensão do ato que deu motivo ao pedido mandamental. Entendo ser este o caso tratado nos presentes autos. A Lei 9537/1997, em seu art. 14, dispõe ser o serviço de praticagem considerado atividade essencial, e seu parágrafo único admite que, para assegurar o disposto no caput do artigo, ou seja, a condição essencial do serviço de praticagem e sua presença permanentemente disponível nas zonas estabelecidas, a autoridade marítima pode “fixar o preço do serviço em cada zona de praticagem” (art. 14, p.u., II). Por sua vez, o Decreto 7860/2012 prevê, dentre as atribuições da comissão nacional que cria, a fixação de preços máximos para cada zona de praticagem. Verifica-se que a norma trazida pelo decreto não reproduz a exceção prevista na lei que rege a matéria, alargando autonomamente uma restrição a atividade econômica desenvolvida pelos práticos. Vale dizer, se a lei admite a restrição aos preços com fixação de patamares máximos, o faz para garantir a continuidade de uma atividade considerada essencial, ao passo que o decreto não prevê a possibilidade de tabelamento de preços adstrita a esta hipótese. Via de regra, a lei deveria prever genericamente hipóteses de restrição e o seu decreto regulamentar especificamente cada caso. Mas aqui é o contrário que ocorre: a lei é específica quando trata da restrição ao livre ajustamento de preços, e o decreto é genérico ao permitir a fixação de preços máximos. Se a todo prático é assegurado o livre exercício do serviço de praticagem (Lei 9537/1997, art. 13, §3º), apenas nos expressos casos legalmente previstos é que poderá incidir uma restrição sobre a liberdade de negociação entre particulares. Embora seja público e notório que a remuneração por este tipo de serviço alcança valores elevadíssimos, a imposição de limites demanda prévio debate público e exige, por força do princípio da legalidade, o veículo específico para tanto, ou seja, deve ser prevista em lei, e não numa previsão genérica contida em ato editado unilateralmente pelo Poder Executivo. O risco de ineficácia da medida também resta evidenciado na medida em que a imediata imposição do tabelamento dos preços de praticagem teria efeitos desde logo, impedindo que, na hipótese de procedência do pedido com concessão da segurança, os associados da impetrante obtivessem a complementação dos preços livremente praticados e eventualmente glosados por força de tabela de preços máximos. Pelo exposto, ao menos neste primeiro momento, entendo presentes os requisitos para a concessão da liminar. Assim sendo, nos termos da fundamentação acima, DEFIRO A LIMINAR para determinar que a autoridade impetrada se abstenha de impor limites máximos aos preços da praticagem prestados pelos associados da impetrante, ressaltando as hipóteses legalmente estabelecidas na Lei 9537/1997, conforme motivado linhas acima. BRASIL. Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Mandado de Segurança nos autos nº 0000646-50.2014.4.02.5101. Juiz Federal da 1ª VF Raffaele Felice Pirro. Julgado em 03.02.2014, publicado em 15.02.2014.

322 Neste ponto, é importante ressaltar que a atividade de praticagem, conforme visto à exaustão em todos os tópicos anteriores, subordina-se à Autoridade Marítima. Entretanto, é imprescindível

ao processo seletivo e à regulamentação da precificação dos serviços de praticagem, temas que tem atraído a atenção da mídia e tem sido os assuntos passíveis de maior judicialização nos últimos anos, cabe verificar os critérios remanescentes, reveladores do regime jurídico ao qual se submete o setor.

Além de todo o exposto anteriormente, cabe ressaltar que toda a NORMAM-12, principalmente no que diz respeito aos estritos parâmetros que devem ser obedecidos para a manutenção da habilitação e às hipóteses de controle disciplinar administrativo, efetuados pelo representante da Autoridade Marítima, evidencia a aplicabilidade de um regime jurídico de direito público, em detrimento do privado, relegado a posição subsidiária. Estes aspectos serão vistos com mais vagar no tópico seguinte quando, através da tentativa de determinar a titularidade material do serviço de praticagem, servirão de parâmetro de aferição.

Em síntese, no que diz respeito ao regime jurídico ao qual estão submetidos os serviços de praticagem, as evidências parecem demonstrar que não se trata de atividade realizada sob regime jurídico de direito privado mediante a imposição de rígido controle administrativo, mas sim o inverso, representado por uma peculiar sujeição ao regime jurídico de direito público, mitigada por “pitadas” de direito privado, de legitimidade, muitas vezes, questionável.

O estudo do regime jurídico dos serviços de praticagem desperta perplexidade devido ao fato de representar caso *sui generis*, a respeito do qual pairam muitas dúvidas, agravadas pela inexistência de um consenso das três esferas de governo sobre a forma peculiar com que o serviço de praticagem se insere no ordenamento jurídico brasileiro.

A fim de contribuir para a elucidação das dúvidas quanto ao regime jurídico aplicável ao serviço de praticagem, é útil um estudo, ainda que superficialíssimo, de um dos poucos setores que, apesar de materialmente não guardar qualquer relação

esclarecer que cabe à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ, **autorizar** a operação das empresas ou sociedades de praticagem, ou mesmo dos práticos autônomos (caso hipotético conforme dito anteriormente), classificados como “empresas brasileiras de navegação de apoio portuário e marítimo”. Ressalte-se que a “autorização” emitida pela ANTAQ, evidentemente trata-se de mero ato de polícia administrativa, e não de delegação de serviço público, uma vez que autorizações do mesmo tipo são emitidas para empresas de rebocadores, que são classificadas como “de apoio à praticagem” e quaisquer outras empresas de navegação regularmente constituídas e que atuem no transporte aquaviário. Apenas a título de exemplo, ver modelo de resolução da ANTAQ que autoriza a atuação de empresa de praticagem, disponível em: <<http://www.antaq.gov.br/Portal/pdfSistema/Publicacao/Termos/0000003375.pdf>>. Acesso em 24.07.2015. Ainda a respeito da ANTAQ e demais agências reguladoras, recomenda-se fortemente a leitura da obra de Marçal Justen Filho, apesar da mitigação de sua aplicabilidade no que diz respeito ao serviço de praticagem. JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.

com o objeto deste trabalho, possui peculiaridades que os aproxima formalmente. Trata-se dos serviços notariais e de registro que, apesar de serem atividades jurídicas, e não materiais,³²³ possuem regime jurídico que guarda algumas semelhanças com o da prática, e que já recebeu mais atenção, tanto da doutrina quanto da jurisprudência.

Sobre o tema, cujo estudo é, conforme dito anteriormente, colateral, porém valiosíssimo para a tentativa de compreensão do regime jurídico aplicável aos serviços de prática, entende-se que a emblemática decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 7730, ao trazer, em sua ementa, um consistente estudo legislativo e doutrinário sobre o tema, é suficiente para elucidar o assunto de forma sintética, daí a sua transcrição literal:

CONSTITUCIONAL. INTERPRETAÇÃO DO ART. 236, PAR. 1., DA CF, E DA LEI 8.935, DE 18.11.1994, ARTS. 22, 28 E 37. 1. O novo sistema nacional de serviços notariais e registrais imposto pela lei 8.935, de 18.11.1994, com base no art. 236, par. 1., da CF, não outorgou plena autonomia aos servidores dos chamados ofícios extrajudiciais em relação ao poder judiciário, pelo que continuam submetidos a ampla fiscalização e controle dos seus serviços pelo referido poder. 2. Os procedimentos notariais e registrais continuam a ser serviços públicos delegados, com fiscalização em todos os aspectos pelo poder judiciário. 3. O texto da carta maior impõe que os serviços notariais e de registro sejam executados em regime de caráter privado, porém, por delegação do poder público, sem que tenha implicado na ampla transformação pretendida pelos impetrantes, isto é, de terem se transmutados em serviços públicos concedidos pela união federal, a serem prestados por agentes puramente privados, sem subordinação a controles de fiscalização e responsabilidades perante o poder judiciário. 4. A razão desse entendimento esta sustentada nos argumentos seguintes: a) vínculo-me a corrente doutrinária que defende a necessidade de se interpretar qualquer dispositivo constitucional de forma sistêmica, a fim de se evitar a valorização isolada da norma em destaque e, conseqüentemente, a sua possível incompatibilidade com os princípios regedores do ordenamento jurídico construído sob o comando da carta maior para a entidade ou entidades jurídicas reguladas. b) influenciado por tais posições, o meu primeiro posicionamento e o de fixar o conceito técnico-jurídico da expressão "delegação do poder público", que constitui o tema central do debate, haja vista que é o modo institucional como os serviços notariais e de registro são, hoje, exercidos no país. c) o conceito de delegação de serviço público, após algumas variações, está hoje pacificado como sendo a possibilidade do poder público conferir a outra pessoa, quer pública ou privada, atribuições que originariamente lhe competem por determinação legal. d) por a autoridade delegante ter a competência originária, exclusiva ou concorrente, do exercício das atribuições fixadas por lei, no momento em que delega, por para tanto estar autorizado, também, por norma jurídica positiva, estabelece-se uma subordinação entre as pessoas envolvidas no sistema hierárquico entre o transferidor da execução do serviço e quem o vai executar, em outras palavras, entre o delegante e o delegado. e) o dispositivo constitucional em comento, no caso o art. 236, da CF, ao determinar que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, porém, por delegação do poder público, não descaracterizou a natureza pública de tais serviços, nem restringiu a forma de sua fiscalização, notadamente porque no par. 1., de forma expressa, esta dito que "lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo poder judiciário. f) a seguir, o legislador constituinte, numa demonstração inequívoca de que não se afastou do conceito tradicional de delegação de serviço público,

323 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço Público...** Op. Cit. p. 112.

portanto, respeitando, em toda a sua plenitude, o princípio da subordinação hierárquica a existir entre delegante e delegado, dispôs, ainda, que "a lei federal estabeleceria normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e do registro", bem como que "o ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção por mais de seis meses." g) é evidente que a prestação de serviços notariais e de registro público no Brasil, após a CF/1988, não tomou as características preconizadas pelos impetrantes, isto é, de que passaram a se submeter ao regime de concessão de serviço público, onde o poder fiscalizador é limitado, apenas, aos atos notariais, jamais a gestão interna da entidade que a exerce em regime absolutamente privado, por ter deixado de ser uma serventia pública da justiça. h) não importa, com as minhas homenagens ao patrono dos impetrantes, em face do profundo trabalho jurídico desenvolvido, não só na petição inicial, como na do recurso, a interpretação que os impetrantes assentaram a respeito do texto constitucional em discussão. i) o fato, por si só, de no art. 235, "caput", da CF, estar inserida a expressão de que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, não conduz ao entendimento posto no recurso, pois, logo a seguir, está a determinação nuclear de que tais serviços, por continuarem a ser públicos, necessitam de delegação do poder público para quem vai exercê-los, pelo que deverão executá-los de acordo com a lei determinar e só poderão receber tal delegação os que forem, pelo próprio poder público, julgados aptos pela via do concurso público. j) a natureza pública dos serviços notariais e de registro não sofreu qualquer desconfiguração com a CF/1988. em razão de tais serviços estarem situados em tal patamar, isto é, como públicos, a eles são aplicados o entendimento de que cabe ao estado o poder indeclinável de regulamentá-los e controlá-los exigindo sempre sua atualização e eficiência, de par com o exato cumprimento das condições impostas para sua prestação ao público. 5. nego provimento ao recurso.³²⁴

Como se depreende da leitura da ementa, os serviços notariais e de registro, guardadas algumas divergências doutrinárias,³²⁵ apesar do modo peculiar como são organizados, que é justamente o fator que os aproxima dos serviços de praticagem, são considerados, nos termos literalmente utilizados no próprio acórdão, "serviços públicos delegados" e os seus delegatários não são "agentes puramente privados, sem subordinação a controles de fiscalização e responsabilidades".³²⁶ A

324 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 7730/RS. Relator Min. José Delgado. Julgado em 01.09.1997, publicado em 26.10.1997.

325 Ao expor as divergências doutrinárias a respeito da decisão ora comentada, Dinorá Adelaide Musetti Grotti, transcreve a posição de Fernando Herren Aguillar, que: "sustenta que tais atividades não podem ser consideradas funções do Estado, visto que há uma expressa renúncia estatal ao seu exercício, e não podem ser consideradas serviços públicos, cujo titular em princípio é o Estado, por serem obrigatoriamente desempenhadas em caráter privado. Ademais, acrescenta, não seria possível classificá-las como atividades econômicas em sentido estrito, por não serem livres a qualquer particular. O ingresso nessas atividades depende de concurso público de provas e títulos, fugindo cabalmente das características conhecidas de atividade econômica em sentido estrito. Assim, conclui o autor que a prestação desses serviços está sujeita a um regime jurídico particular, não se encaixando em nenhuma das classificações formuladas. AGUILLAR, Fernando Herren. Controle social de serviços públicos. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 154-155. Apud: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público...** Op. Cit.. p. 112.

326 Vale ressaltar que, em nítida contraposição ao emblemático acórdão do STJ, na visão de Celso Antônio Bandeira de Mello, os serviços notariais, distinguem-se de meros concessionários ou permissionários de serviços públicos em virtude do fato de a atividade desempenhada não ser material, mas sim, jurídica. Segundo o autor "(...) delegados de função ou ofício público, que se distinguem de concessionários e permissionários em que a atividade que desempenham não é material, como a daqueles, mas é jurídica. É, pois, o caso dos titulares de serventias da Justiça não oficializadas, como notários e registradores, ex vi do art. 236 da Constituição, e, bem assim, outros sujeitos que praticam, com o reconhecimento do Poder Público, certos atos dotados

interpretação da corte a respeito do regime jurídico dos serviços notariais e de registro, em que pese a já aludida diferença material, por guardar muitas semelhanças formais e operacionais com os serviços de praticagem, principalmente pelo fato de estes últimos estarem subordinados tão intensamente aos ditames impostos pelo “delegatário” quanto os primeiros, é utilíssima para a compreensão do regime jurídico aplicável especificamente aos serviços de praticagem.

Em síntese, é possível afirmar que o serviço de praticagem, assim como os serviços notariais e de registro, utilizados como paradigma, submete-se, preponderantemente, ao regime jurídico de direito público, em detrimento do regime jurídico de direito privado, cuja aplicabilidade é nitidamente subsidiária.

3. Do critério subjetivo

Do ponto de vista subjetivo, o serviço de praticagem é prestado por particulares,³²⁷ que somente podem exercer a função a partir de habilitação

de força jurídica oficial, como ocorre com os diretores de Faculdades particulares. Anote-se que cada “serviço” notarial ou registral, constitui-se um plexo unitário, e individualizado, de atribuições e competências públicas, constituídas em organização técnica e administrativa, e especificadas quer pela natureza da função desempenhada (serviços de notas e de registro), quer pela área territorial onde são exercidos os atos que lhes correspondam. Inobstante estejam em pauta atividades públicas, por decisão constitucional explícita elas são exercidas em caráter privado por quem as titularize, como expressamente o diz a Constituição no artigo referido. Tal titularização procede, consoante igualmente explícita dicção constitucional, de um ato de “delegação”. A delegação – justamente por sê-lo – não se confunde com uma simples habilitação, ou seja, com um ato meramente recognitivo de atributos pessoais para o desempenho de funções de tal gênero. Dita habilitação (aferida no concurso público que a precede, cf. § 3º do art. 236 da CF e que, demais disto, aponta o melhor dos candidatos) é apenas um pressuposto da investidura nas funções em causa.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso...** Op. Cit.. p. 250-252.

327 Cabe esclarecer, com finalidade meramente complementar, ainda que sem nenhum impacto direto para a tentativa de análise científica a que este trabalho se presta, quem são os “particulares” que almejam, e que efetivamente logram habilitar-se como práticos. Uma análise dos editais de homologação dos resultados finais dos últimos certames, em cotejo com busca realizada “nome a nome” nos Diários Oficiais, revela que grande parte dos primeiros colocados nos processos seletivos são militares de alta patente, normalmente Comandantes de embarcações, Comandantes de Longo Curso da Marinha Mercante e servidores públicos egressos de carreiras de estado, normalmente ex-integrantes dos fiscos federal e estaduais que, em virtude de impedimento regimental de suas carreiras, as abandonam em prol da praticagem. Esta análise se presta a demonstrar duas ordens de fatores, a primeira, de certa forma justificada pela segunda: a) Os Práticos, quase que invariavelmente, são pessoas dotadas de grande experiência profissional prévia, oriundos de posições profissionais que, presumivelmente, demandaram grande capacidade intelectual e disciplina por parte de seus ocupantes; b) O principal atrativo para que estes profissionais altamente qualificados abandonem suas carreiras de origem, quase todas contempladas com remunerações satisfatórias e com um elevado grau de estabilidade é, inegavelmente, de ordem econômica, materializada pela expectativa de auferir renda, em muito, superior às que auferiam anteriormente. O que se pretende demonstrar, através deste raciocínio aparentemente simplista e supérfluo é que os Práticos, via de regra, representam uma espécie de “seleção de elite” que se dedica à atividade, não por “paixão” ou “pura vocação”, sem querer negar que estes fatores estejam presentes, mas sim, pela

decorrente de rigoroso processo seletivo, promovido pela Diretoria de Portos e Costas, representante da Autoridade Marítima Brasileira, destinado a promover o preenchimento de quantidade específica de vagas em cada uma das Zonas de Praticagem nacionais.³²⁸

Os particulares habilitados no processo seletivo recebem, primeiramente habilitação de Praticante de Prático, que os permite realizar um programa de qualificação, similar a um estágio, com duração mínima de 12 e máxima de 15 meses.³²⁹ Posteriormente a este período, o Praticante de Prático poderá prestar o

possibilidade de auferir rendimentos financeiros elevados em troca de seu potencial de trabalho.

328 A respeito da relevância e rigor impostos ao processo seletivo para Praticante de Prático, cabe transcrição de trecho do voto da Min. Eliana Calmon em Recurso Especial interposto pela União contra decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região que, por interpretar o processo seletivo como processo habilitatório similar ao realizado pelos Departamentos de Transito, determinou a emissão de habilitação para candidato que havia sido aprovado em primeira fase, mas fora do número de vagas disponibilizado para as fases subsequentes: “Como se vê, a seleção para o cargo obedece a um iter procedimental, sem que possa gerar, para o candidato aprovado em uma das etapas, direito a prosseguir nas demais, se não obtiver a classificação dentro da previsão constante do edital. O acórdão impugnado desatendeu inteiramente às normas preestabelecidas e, o que é pior, sem critério jurídico algum. Concluiu o Tribunal, na dicção do voto do relator, Desembargador Federal Francisco Pizzolante, que a habilitação de um prático equivale à habilitação de um motorista de veículo automotor. A princípio, parece ter havido uma grande confusão, tendo entendido a Corte de Apelação que o prático é um condutor de embarcação ou o vulgarmente chamado “mestre de cabotagem”. A lógica da tese abraçada no acórdão tira da autoridade marítima o controle da seleção, torna todos os aprovados na primeira etapa, com as provas escritas candidatos a praticantes de práticos e aptos a realizarem as provas práticas, em qualquer número, de tal modo que ter-se -á uma espécie de profissional liberal, à disposição do mercado que chamará para atendê-lo à disposição. A lógica está inteiramente fora do estabelecido em lei, a qual tem por escopo manter a carreira sobre rigoroso controle em nome da segurança de vidas, de patrimônio e da própria navegação. Concluo que o acórdão recorrido afrontou os arts. 13 e 14 da Lei 9.537/97, inexistindo, na verdade, direito adquirido a ser resguardado no presente mandamus”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1752175. Relatora Min. Eliana Calmon. Julgado em 28.06.2005, publicado em 22.08.2005.

329 Nos termos da NORMAM-12, este programa de qualificação obedecerá aos seguintes parâmetros: “a) A qualificação do Praticante de Prático seguirá um programa de treinamento estabelecido pela CP com jurisdição sobre a ZP, denominado Programa de Qualificação do Praticante de Prático, a ser iniciado imediatamente após a Certificação, sendo seu cumprimento confiado a Entidade(s) de Praticagem existente(s) na ZP, indicada(s) pela CP. b) O prazo para a conclusão do Programa de Qualificação será de, no mínimo, 12 (doze) meses e, no máximo, de 15 (quinze) meses, contados da data de emissão do Certificado de Habilitação de Praticante de Prático. Excepcionalmente, o prazo mínimo para a conclusão do Programa de Qualificação poderá ser alterado pela DPC, para uma ou mais ZP. c) O prazo mínimo de 12 (doze) meses advém da necessidade do Praticante de Prático treinar durante todas as estações do ano. d) O Programa de Qualificação deverá ser dimensionado de forma que, completadas as fainas de praticagem estipuladas pelo mesmo, o Praticante de Prático continue a acompanhar, pelo menos, o número mínimo mensal de fainas de praticagem estabelecido para Prático da ZP, até a realização do Exame de Habilitação para Prático citado no item 0224. e) As Entidades de Praticagem, por meio de seus componentes, em especial os Práticos, terão a responsabilidade de transmitir aos Praticantes de Prático todo o conhecimento técnico que possuem. f) Cada Praticante de Prático terá um Prático em atividade para acompanhar o desenvolvimento do Programa de Qualificação, atuando como monitor. g) O Praticante de Prático acompanhará os Práticos nas atividades de bordo relativas ao Programa de Qualificação, sendo recomendável que acompanhe fainas de praticagem de todos os Práticos da ZP, independentemente da Entidade onde for apresentado. h) O Programa de Qualificação estará encerrado com a

exame de habilitação para prático, que será realizado a bordo de embarcação, perante banca examinadora presidida pelo Capitão dos Portos local, por um prático daquela zona de praticagem e por um Capitão de Longo Curso da Marinha Mercante que, eventualmente, poderá ser substituído por um Oficial Superior do Quadro de Oficiais da Armada da Marinha do Brasil.

Além do rigor empreendido no processo seletivo de habilitação, que suplanta, em muito, a maioria dos concursos públicos para acesso, inclusive, a algumas Carreiras de Estado, o particular habilitado como prático sujeita-se, ao longo de toda a sua vida profissional, a rigoroso controle empreendido pela Autoridade Marítima, traduzido num “Plano de Manutenção da Habilitação”, cujo descumprimento acarreta o afastamento definitivo e consequente cancelamento da Habilitação de Prático. Este plano, em resumo, determina um número mínimo de “fainas de praticagem”,³³⁰ a serem desempenhadas mensalmente e semestralmente pelo prático a fim de garantir a manutenção de sua habilitação. Também há a

obtenção pelo Praticante de Prático de avaliação satisfatória por parte da(s) Entidade(s) de Praticagem que o ministrou(ram), observados os prazos mencionados na alínea b) do item 0223. i) Caso haja divergência entre a Entidade de Praticagem e o Praticante de Prático no que se refere à avaliação acima mencionada, o caso deve ser levado à decisão do DPC, via CP, atendido o prazo 15 (quinze) meses previsto na alínea b) do item 0223. j) O Praticante de Prático que não obtiver a avaliação satisfatória no cumprimento do Programa de Qualificação será afastado definitivamente e terá cancelado seu Certificado de Habilitação de Praticante de Prático.

- 330 A locução “fainas de praticagem”, segundo explica a NORMAM-12 significa: “(...) a atividade que envolve a realização de manobra(s) de praticagem e/ou navegação de praticagem em uma ZP”. A norma também apresenta o número mínimo de fainas de praticagem necessárias para a manutenção da habilitação de Prático em cada Zona de Praticagem estabelecendo que, em portos de considerável movimentação, como nos casos de Paranaguá (ZP-17) e Santos (ZP-16), o número mínimo é de 10 fainas de praticagem mensais e 50 semestrais e, em portos com pouca movimentação, como Ilhéus (ZP-13) e Areia Branca (ZP-6), 1 faina mensal e 6 semestrais. A norma também estabelece um modelo específico de “Comprovante de Faina de Praticagem”, que deve ser assinado pelo Comandante da embarcação atendida e que deverá ficar sob a guarda do respectivo prático, à disposição do representante da autoridade marítima por um período de dois anos. Nesse sentido, ver decisão do TRF-1: “TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. ART. 5º, XIII, DA CF/88. LIVRE EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. RESTRIÇÃO DE SUA EFICÁCIA. LEI EM SENTIDO FORMAL. PRATICAGEM. ART. 29 DO DECRETO 97.026/88. CONSTITUCIONALIDADE. EXIGÊNCIA DE RENOVAÇÃO DA INSCRIÇÃO. DESEMPENHO DAS ATIVIDADES EXIGIDAS PELA PROFISSÃO. NECESSIDADE. DESCUMPRIMENTO DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS. NÃO COMPROVAÇÃO. 1. Somente a lei em sentido formal pode restringir a eficácia do comando constitucional advindo do art. 5º, XIII, da Constituição Federal de 1988, norma constitucional classificada como de aplicabilidade imediata e eficácia contida. 2. No caso em tela, o art. 29 do Decreto 97.026/88, posteriormente revogado pelo Decreto 2.596/98, não apresenta nenhuma inconstitucionalidade, posto que a exigência de renovação da inscrição decorre da necessidade de se verificar, periodicamente, se o profissional mantém-se em condições de desempenhar as atividades exigidas por sua profissão. 3. Não houve comprovação, por parte da Impetrada, de que o Impetrante não cumpriu as exigências legais para continuar no exercício de sua profissão. 4. Apelação e remessa oficial a que se nega provimento”. BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Apelação Cível nº 00008945319974013900. Relator Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins. Julgado em 16.10.12, publicado em 09.11.12.

necessidade de o prático realizar curso de atualização a cada cinco anos. Além disso, o Prático deve se submeter a exames médicos e psicofísico, com periodicidade trienal (para os Práticos com até 50 anos), bienal (para os Práticos entre 50 e 70 anos) e anual (para os Práticos com mais de 70 anos).³³¹

Todo o rigor empreendido, tanto para a obtenção quanto para a manutenção da habilitação de Prático, evidenciam o papel preponderante do Estado no controle de todos os aspectos referentes às atividades de praticagem, em detrimento de qualquer pretensão tendente a enxergar alguma margem de autonomia por parte dos particulares envolvidos. A fim de tentar compreender a verdadeira titularidade do serviço de praticagem e, por consequência, desvelar o seu aspecto subjetivo, três linhas de raciocínio se mostram possíveis, ainda que dependentes da admissão de hipóteses sobre as quais não há respostas formais no ordenamento jurídico. Estas três linhas de raciocínio hipotético são:

a) Os práticos, devidamente habilitados, são os titulares do serviço de praticagem, que nada mais é do que atividade econômica (em sentido estrito) submetida a rigoroso controle estatal:³³² Esta hipótese, embasada nos ensinamentos de Marçal Justen Filho a respeito do instituto jurídico das autorizações,³³³ compreende a praticagem como uma atividade econômica em

331 Perceba-se que não há aposentadoria compulsória para os Práticos, apenas uma intensificação na periodicidade com que deve se submeter aos exames médicos e psicofísicos. Entretanto, os práticos com mais de 70 anos não são contabilizados como ocupantes de vagas para fins de determinação em vagas disponíveis em cada Zona de Praticagem. Nesse sentido: “ADMINISTRATIVO - SERVIÇO DE PRATICAGEM - ART. 29, § 4º, DO DECRETO Nº 97.026/88 - INEXISTÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. I- O art. 29, § 4º, do Decreto nº 97.026/88 não contém limite de idade de 65 anos para aposentadoria do Prático, para seu afastamento compulsório da atividade ou para cancelamento de sua inscrição, representando apenas um dado fático para que se inicie o treinamento de mais um "Praticante de Prático", antes da ocorrência de uma das hipóteses do art. 29, a a h, do Decreto nº 97.026/88 para o cancelamento da inscrição do Prático - com vistas a que o quadro disponha, previamente, de profissional treinado, indispensável à sua continuada renovação. II- Apelação improvida”. BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 00139121219944010000. Relator Desembargador Federal Carlos Fernando Mathias. Julgado em 17.12.2001, publicado em 24.07.2002.

332 Esta noção é corroborada pelo conteúdo do artigo 13 e Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário, que determina que “O serviço de praticagem será executado por práticos devidamente habilitados, individualmente, organizados em associações ou contratados por empresas”. Entretanto, cabe ressaltar que a redação do artigo supracitado não resolve o problema, uma vez que trata da execução, e não, especificamente, da titularidade.

333 Marçal Justen Filho explica que: “Somente se cogita e autorização para certas atividades econômicas em sentido restrito, cuja relevância subordina seu desempenho à fiscalização mais ampla e rigorosa do Estado. Havendo serviço público, não é o caso de outorga de autorização. (...) O ato estatal destina-se a verificar o preenchimento pelo particular dos requisitos necessários. A intervenção do Estado nesses casos, não atinge a natureza do serviço nem altera o regime jurídico sob o qual se desenvolve, ainda que se imponham requisitos para o desempenho das atividades e se as subordine a controle de intensidade variável. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões....** Op. Cit.. p. 45 e 130.

sentido estrito, ainda que altamente regulamentada, e de acesso restrito, em virtude da compreensão do Estado a respeito de sua relevância para a preservação dos diversos bens jurídicos citados nos tópicos anteriores. Observando-se os fatos por este ponto de vista, qualquer pretensão de qualificar o serviço de praticagem como serviço público é anulada;

b) O Estado, representado pela Autoridade Marítima é o titular do serviço público de praticagem: O rigor empregado no controle empreendido pela Autoridade Marítima na seleção dos Práticos e na manutenção de suas habilitações, bem como a sua incumbência de regulamentar os preços cobrados pelo setor, dá margem à interpretação de que a tarefa dos Práticos é muito mais do que uma “mera atividade econômica em sentido estrito” e que, em última instância, é ela (a Autoridade Marítima), na qualidade de representante estatal, a titular do serviço, responsável por garantir a manutenção de seu funcionamento dentro dos parâmetros estabelecidos pela Lei 9.537/97;

c) O estado, representado pela Autoridade Marítima é o titular do serviço de praticagem, mas este não é um serviço público (em sentido estrito), e sim, uma função pública (ou função de Estado): Através desta teoria, extrapolar-se-ia a noção de serviço público em sentido estrito, considerando a atividade de praticagem uma “função pública” destinada a proteger alguns dos bens jurídicos expostos quando tratamos do aspecto material, notadamente a proteção da economia, através da preservação do bom funcionamento dos portos nacionais e, principalmente, ao meio ambiente.³³⁴ Para tanto, os práticos seriam considerados “agentes públicos” e não profissionais autônomos, desempenhando atividade econômica em sentido estrito, nem servidores públicos ou delegatários, desempenhando serviço público. Estariam sim, desenvolvendo, no dizer de Dinorá Adelaide Musetti Grotti, a respeito das funções públicas: “atividades exercidas em caráter privado, por delegação do poder público”.³³⁵

Esta teoria é reforçada pelo fato de que poder-se-ia afirmar que o prático, ao

334 Marcelo Pereira oferece explicação didática sobre o tema, ao afirmar que: “as funções públicas sustentam a existência do Estado, enquanto os serviços públicos sustentam a existência do bem estar geral dos habitantes do Estado. Os serviços públicos não se dirigem à vida do Estado, mas sim à satisfação de uma prestação concreta a seus habitantes. Toda atividade de um poder do Estado é função pública, embora nem todo serviço público seja prestado mediante o exercício de uma função pública”. PEREIRA, Marcelo. **O serviço público na atualidade**. São Paulo, 1993. 452 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade de São Paulo. f. 89-90.

335 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público....** *Op. Cit.* p. 112.

exercer as suas funções atua como “auxiliar” da autoridade marítima no exercício do seu poder de polícia, uma vez que, nos termos do item 0231 da NORMAM-12, o Prático, uma vez embarcado, tem o dever de, com base em seu julgamento profissional, “comunicar, imediatamente, à CP/DL/AG qualquer fato ou ocorrência que implique em risco à segurança do tráfego aquaviário, à salvaguarda da vida humana, à preservação do meio ambiente ou à faina de praticagem na ZP, tais como: (...) c) Deficiências técnicas do navio ou da tripulação. Essas informações subsidiarão o CP/DL/AG a declarar a impraticabilidade na ZP, autorizar que o Serviço de Praticagem deixe de ser prestado, ou impedir a entrada e saída de embarcações”. A interpretação da norma transcrita revela que o prático recebe algum grau de competência fiscalizatória, que permite averiguar se há deficiências técnicas do navio ou tripulação, ainda que esta atribuição não se revele no exercício do poder de polícia “puro”, que será exercido pela Autoridade Marítima, com base nas informações repassadas pelo prático.

Entretanto, as três hipóteses apresentadas, apesar de tentadoras, padecem, de incongruências que inviabilizam, ou ao menos precarizam a sua sustentação perante o ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com a primeira delas, o serviço de praticagem é considerado atividade econômica em sentido estrito ou, na melhor das hipóteses, “serviço público virtual”,³³⁶ cuja relevância é reconhecida pelo Estado que, por isso, impõe restrições ao acesso e ao exercício, porém, sem assumi-las como de sua titularidade. Estes rigorosos controles impostos pela Autoridade Marítima, tanto no que diz respeito à obtenção da habilitação quanto de sua manutenção deveriam ser interpretados como equivalentes aos controles impostos por qualquer conselho de classe ao policiar atividades regulamentadas. Esta comparação é marcada por uma nítida desproporcionalidade, uma vez que não há, no ordenamento jurídico brasileiro profissão regulamentada cujo acesso seja restrito a um número de vagas precisamente determinado pelo poder público, nem sujeito a regime de escala e nem mesmo de processo seletivo e programa de manutenção de habilitação tão rigoroso.³³⁷ Além disso, conforme visto anteriormente, o regime jurídico ao qual o Estado submete o exercício da praticagem é incompatível com a noção de “iniciativa

336 Expressão emprestada da obra de Marçal Justen Filho. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso....** Op. Cit.. p. 845.

337 Mesmo em categorias com “exames de suficiência” reconhecidamente rígidos, como é o caso do Bacharelado em Direito, não há que se falar em restrição numérico do número de habilitandos.

privada” uma vez que, devido às peculiaridades inerentes à função, em virtude das necessidades impostas por critérios de segurança, ela é exercida em regime de monopólio.

A segunda teoria, que tenta enquadrar o serviço de praticagem como serviço público, esbarra numa incontornável incongruência, que diz respeito, não à sua qualificação como tal, mas sim ao fato de que, admitindo-se, por hipótese, que o serviço de praticagem seja considerado serviço público, não há como enquadrar a metodologia utilizada para delegar este serviço aos particulares dentro de qualquer dos moldes válidos no ordenamento jurídico brasileiro. Em primeiro lugar, fica evidente que não se trata de hipótese de concessão ou permissão de serviço público, uma vez que não cogita de processo licitatório para a escolha dos delegatários, requisito indispensável para a validade destas modalidades. Resta, então, para validar esta hipótese, cogitar a respeito de se tratar de autorização de serviço público, nos moldes propostos por Egon Bockmann Moreira, conforme visto no capítulo anterior,³³⁸ que submeteria a atividade ao “regime jurídico especial de direito privado administrativo”. Esta hipótese parece razoavelmente aceitável, não fosse o fato de, na teoria proposta pelo autor supracitado, esta modalidade se prestar a combinar a execução de serviços de titularidade do Estado às exigências de um mercado competitivo, lógica diametralmente oposta à que orienta os serviços de praticagem que, conforme visto anteriormente, retira a atividade do mercado competitivo.

A terceira e derradeira formulação, que tenta enquadrar o serviço de praticagem como função de Estado, entendendo que o serviço prestado extrapola a noção de serviço público, apesar de materialmente aceitável, esbarra numa evidente falta de suporte legal para tanto, uma vez que, apesar de considerado como “atividade essencial”, nos termos do artigo 14 da Lei nº 9.537/97 tal designação, não necessariamente serve para definir funções públicas, conforme se depreende da leitura da Lei 7.783/89 que elenca diversas atividades como “essenciais”, sem que sejam necessariamente consideradas funções públicas. Além disso, Dinorá Adelaide Musetti Grotti afirma que: “Segundo a doutrina dominante, os atos jurídicos expressivos de poder público, de autoridade pública e, portanto, os de polícia administrativa, não poderiam, salvo em casos específicos ou em circunstâncias

338 Ressaltando que parte da doutrina rechaça a ideia de “autorização de serviço público” a exemplo de Celso Antonio Bandeira de Mello, Marçal Justen Filho e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

excepcionais, ser delegados a particulares, outorgando-se tal exercício a eles”.³³⁹

Sendo assim, em virtude das contradições demonstradas em cada uma das formulações especulativas supracitadas, a tentativa de utilização do critério subjetivo para decodificar a posição do serviço de prática perante o ordenamento jurídico brasileiro parece gerar uma aporia insolúvel, senão pela utilização de uma interpretação tendenciosa, baseada na predileção discricionária por uma das três possibilidades elencadas, o que iria de encontro à objetividade científica demandada pelo raciocínio que se pretende construir.

339 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público....** *Op. Cit.* p. 112.

CONCLUSÃO

O serviço de praticagem é, no dizer da própria lei que o regulamenta (Lei 9.537/97) “atividade essencial”, em virtude do reconhecimento do legislador quanto à sua imprescindibilidade para a manutenção da segurança de diversos bens jurídicos, a saber: patrimônio (particular e público), vidas humanas e patrimônio ecológico. Daí a imposição de rigoroso controle estatal, tanto no que diz respeito à habilitação dos profissionais envolvidos, quanto no desempenho de suas atividades e manutenção desta habilitação.

Ocorre que, por motivos inexplicáveis, optou-se por submeter a atividade a um regime jurídico confuso – híbrido entre os regimes jurídicos de direito público e privado – anacronicamente similar ao empregado no século XIX, no qual, os serviços devem ser desempenhados por particulares “individualmente, organizados em associações ou contratados por empresas”, porém, submetidos a um ostensivo controle estatal em todas as etapas de sua execução. A regulamentação setorial não deixa claro se as atividades de praticagem são “serviços públicos” delegados a particulares, se são atividades particulares (atividades econômicas em sentido estrito) submetidas a um dos mais intensos regimes regulamentares de que se tem notícia, ou ainda, porém menos provavelmente, se tratam-se de funções de Estado, excepcionalmente delegadas a particulares.

A imprecisão da regulamentação jurídica setorial, e apenas esta, uma vez que a regulamentação técnica elaborada pela Autoridade Marítima merece elogios por sua louvável precisão, leva à instabilidade do setor que, continuamente precisa desviar seu foco de atenção, que deveria ser o aprimoramento da segurança portuária e costeira nacionais, para embates jurídicos contra armadores, que são nitidamente favoráveis a uma desregulamentação setorial tendente a aumentar seus lucros em detrimento da soberania nacional; contra particulares mal intencionados, que apostam na judicialização de seu insucesso nos processos seletivos, na esperança de que os órgãos jurisdicionais, confusos pela imprecisão legislativa, lhes confira decisões favoráveis;³⁴⁰ e até mesmo contra o Governo Federal que, cedendo

340 Caso emblemático da confusão provocada pela imprecisão normativa é a pítia fundamentação que levou o Desembargador Federal Francisco Pizzolante a ceder a pressão de candidato que desejava seu ingresso na carreira sem ter sido aprovado dentro do número de vagas imposto pela Autoridade Marítima no regulamento do processo seletivo e que levou, devido ao “efeito dominó” a uma enxurrada de processos de candidatos aprovados mas não classificados que pleiteavam o ingresso “à força” na carreira. De acordo com o relator: “Cumpre destacar que este

às pressões dos armadores supracitados, trava uma “guerra” contra os Práticos na tentativa de, através da criação da Comissão Nacional para Assuntos de Praticagem (sem qualquer sustentáculo legal para sua atuação), regulamentar os preços do setor a fim de atingir parâmetros que considera “ideais à economia nacional”.

Diante do paradoxo decorrente da subsunção da nebulosa regulamentação setorial à lógica que permeia o ordenamento jurídico nacional, procurou-se, neste trabalho, promover uma criteriosa análise das peculiaridades que marcam o serviço de praticagem para, em cotejo com as lições doutrinárias e a jurisprudenciais, tentar definir a natureza e o regime jurídico dos serviços de praticagem, partindo-se da noção indiciária de que, ainda que não tenha sido esta a vontade do legislador, optou-se por aproximar demasiadamente o serviço de praticagem à disciplina dos serviços públicos, a ponto de torná-las indissociáveis.

Para tanto, foram levados em consideração os critérios clássicos norteadores da noção de serviço público (subjetivo, material e formal), a fim de determinar o correto enquadramento do serviço de praticagem perante o ordenamento jurídico nacional.

O exercício empreendido revelou que, no que diz respeito ao critério material, não há grande dificuldade em classificar a praticagem como serviço público, uma vez que o rol de necessidades a que a atividade se destina a suprir, extrapolando-se a ingênua noção de que o único beneficiário do serviço é o seu tomador direto refletido na figura do responsável pela embarcação, coaduna-se perfeitamente às que a doutrina elenca como passíveis de serem supridas por serviços públicos, se não ainda mais relevantes, supridas pelas chamadas funções de Estado.

Através da análise do aspecto formal, foi possível perceber que o setor de praticagem se submete tanto ao regime jurídico de direito público quanto ao privado, porém, ao primeiro muito mais intensamente que ao segundo, profundamente mitigado pelas imposições estatais.

Processo Seletivo não constitui Concurso Público para Praticante de Prático, e sim um verdadeiro Exame de Habilitação, onde, uma vez tendo o Examinando cumprido todas as exigências estabelecidas pela Administração Pública, faz jus ao documento comprobatório de seu satisfatório aproveitamento no exame. *Procedimento similar ocorre quando se presta Exame de Habilitação perante os DETRAN's para obtenção da Carteira de Habilitação para dirigir, sem que seja necessária qualquer participação em concurso público* (grifou-se). BRASIL. Tribunal Regional Federal – Segunda Região. Relator Desembargador Federal Francisco Pizzolante. Julgado em 14.10.2003, publicado em 20.11.2003.

Também tentou-se estabelecer um paralelo com os serviços notariais e de registro, atividade que, apesar de materialmente dissonante, é desenvolvida em regime jurídico, em muito, similar ao da praticagem. Dessa comparação, foi possível perceber que, apesar das similaridades no que diz respeito à forma como os setores são organizados, a posição do serviço notarial e de registro como serviço público delegado a particulares através de regime peculiar encontra-se razoavelmente pacificada na doutrina e na jurisprudência, ao contrário da praticagem.

A análise do critério subjetivo, através da qual tentou-se determinar a titularidade do serviço, revelou que a forma como o setor foi organizado tende a posicionar o Prático como mero delegatário estatal, sendo assim, a titularidade da atividade pertenceria ao Estado, que a delega, ainda que mediante regime jurídico peculiar. Esta tese, entretanto, tem respaldo apenas material, uma vez que não há sustentáculo capaz de alicerçá-la de forma consistente. Dessa forma, as contradições geradas pela tentativa de utilização do critério subjetivo permitem, na melhor das hipóteses, a formulação de um raciocínio meramente especulativo a respeito da titularidade dos serviços de praticagem onde, ao menos formalmente, a praticagem não se trataria de serviço público, mas sim de mera atividade econômica em sentido estrito, uma vez que o prático, em tese, não atua como delegatário estatal.

O frustrante e inconclusivo resultado obtido pela tentativa de análise proposta parece demonstrar, baseado num inevitável subjetivismo gerado pela falta de coerência sistêmica, que o serviço de praticagem *poderia*, perfeitamente ser classificado como público mas, por motivos, como dito anteriormente, nebulosos, faltou ao legislador a vontade de classificá-lo como tal. A partir deste raciocínio, a reforma da Lei 9.537/97 parece ser a melhor solução para “desopacizar” a posição do serviço de praticagem perante o ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, duas linhas de raciocínio são possíveis e perfeitamente condizentes com o que diz a melhor doutrina tanto sobre a possibilidade de criação de serviços públicos pela via infraconstitucional, quanto, antagonicamente, pelo exercício estatal de atividades econômicas em sentido estrito.

Na primeira hipótese, poder-se-ia reformar a Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário, esclarecendo que, assim como no caso dos serviços notariais e de registro, os serviços de praticagem serão “exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”, o que serviria para dirimir grande parte das dúvidas

quanto aos limites da autonomia do setor e possibilitando a simplificação da implementação de controles formais estatais.

Uma segunda hipótese que contribuiria para a “pacificação” do setor, caso se optasse pela manutenção da qualificação da prática como atividade econômica em sentido estrito, seria a criação de uma empresa estatal, responsável pela prática nacional, a exemplo da tendência vanguardista apresentada pelos países nórdicos, o que permitiria ao Estado assumir pacificamente o controle sobre a atividade, adequando-a à instrumentalidade que representa para a economia nacional e simultaneamente, atendendo às pretensões remuneratórias dos práticos, evitando a evasão dos profissionais que, conforme ressaltou-se ao longo da obra, representam um grupo de elite, dotado de notável expertise técnica, atraído para a área pela expectativa de auferir rendimentos superiores aos da média oferecida tanto pelo setor marítimo privado quanto pelo serviço público.

Independentemente do raciocínio que este trabalho humildemente se propôs a construir, é imprescindível frisar que a prática brasileira vive, neste início de século XXI, um momento de crise, não no sentido financeiro, mas sim, institucional, uma vez que a relutância do Governo Federal em reconhecer e positivar a sua titularidade sobre os serviços, garantindo solução remuneratória condizente com o grau de expertise e com os riscos corridos pelos profissionais da área, pode colocar em risco a salvaguarda da vida humana, do meio ambiente, do patrimônio estatal e da economia nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Controle social de serviços públicos**. São Paulo: Max Limonad, 1999.

ATALIBA, Geraldo. **Sistema constitucional tributário Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

Australian Maritime Safety Authority – Vessel Traffic Services. Disponível em: <<https://www.amsa.gov.au/navigation/services/vessel-traffic-services/>>. Acesso em 24 de março de 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Natureza e regime jurídico das autarquias**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1968.

BOITEAU, Claudie. **Les Conventions de délégation de service public: transparence et service public local**. Paris: Imprimerie Nationale, 1999.

BRASIL. Comissão Nacional para Assuntos de Praticagem. Proposta de Metodologia de Regulação de Preços do Serviço de Praticagem. Disponível em: <<https://www.dpc.mar.mil.br/sites/default/files/ssta/legislacao/resolucao/proposta.pdf>> Acesso em 10/07/2015.

BRASIL. Justiça Federal – Seção Judiciária do Estado do rio de Janeiro. Mandado de Segurança nos autos nº 0000646-50.2014.4.02.5101. Juiz Federal da 1ª VF Raffaele Felice Pirro. Julgado em 03.02.2014, publicado em 15.02.2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Primeira Região. Apelação Cível nº 00008945319974013900. Relator Juiz Federal Carlos Eduardo Castro Martins. Julgado em 16.10.12, publicado em 09.11.12.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Segunda Região. Apelação Cível 612203. Relator Desembargador Federal Reis Friede. Julgado em 05.02.2014, publicado em 18.02.2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal – Segunda Região. Relator Desembargador Federal Francisco Pizzolante. Julgado em 14.10.2003, publicado em 20.11.2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1752175. Relatora Min. Eliana Calmon. Julgado em 28.06.2005, publicado em 22.08.2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 935.468/AL. Relatora Min. Eliana Calmon. Segunda Turma. Julgado em 24.03.2009. DJe 23.04.2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 7730/RS. Relator Min. José Delgado. Julgado em 01.09.1997, publicado em 26.10.1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1221.. Relator Min. Carlos Velloso. Julgado em 09.10.2003, publicado em 31.10.2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1642. Relator Min. Eros Grau. Julgado em 03.04.2008, publicado em 19.09.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.717. Relator Min. Sydney Sanches. Julgado em 07.11.2002, publicado em 28.03.2003

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3026. Relator Min. Eros Grau, julgado em 08.06.2006, publicado em 29.09.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 16.572. Relator Min. Mario Guimarães. Julgado em 28.01.1952, publicado em 15.05.1952.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 18.560. Relator Min. Nelson Hungria. Julgado em 15.10.1951, publicado em 21.11.1951.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 49.521. Relator Min. Antônio Villas Boas. Julgado em 22.02.1962, publicado em 02.07.1952.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 49.988. Relator Min. Hermes Lima. Julgado em 30.08.1963, publicado em 03.10.1963.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 220.999-7. Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 25.04.2000, publicado em 24.11.2000.

CABAJO, Joël. **Droit des services publics**. 3.ed. Paris: Dalloz, 1997.

Câmara Federal dos Práticos Alemã. Disponível em: <<http://www.bundeslotsenkammer.de/bundeslotsenkammer/index.html>>. Acesso em 22 de março de 2015.

Camara de Actividades de Praticaje y Pilotaje. Disponível em: <<http://www.camaradepracticaje.com.ar/afin.htm>>. Acesso em 22 de março de 2015.

Canadian Marine Pilots Association: The Canadian System. Disponível em: <<http://www.marinepilots.ca/en/the-canadian-system.html>>. Acesso em 25 de março de 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

CHEVALLIER, Jaques. **Le service public**. 7. ed. Paris: PUF, 2008.

CONAPRA. **De 1808 a 2008: 200 Anos de Praticagem Regulamentada no Brasil**. Rio de Janeiro: CONAPRA, 2008.

CRETELLA JUNIOR, José. Conceito moderno do serviço público. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 61. n. 2, São Paulo, p. 190-236, 1966.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CRUZ, Maria Cecília Velasco e. **O porto do Rio de Janeiro no século XIX: Uma realidade de muitas faces**. *Tempo*, revista do Departamento de História da UFF, n. 8, vol. 4, agosto 1997.

DanPilot: About DanPilot. Disponível em: <<http://www.danpilot.dk/en/about-danpilot>>. Acesso em 25 de março de 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DIAZ, Maria Dolores Montoya. **Introdução à Economia**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

DUARTE NETO, Pedro. **Comentários à Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DUGUIT, Léon. **Les transformations du droit public**. Paris: Librairie Armand Colin, 1913. p. 48. Versão digital disponível em Bibliothèque Nationale de France: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k67925q/f68.image.langEN>>. Acesso em 02 jul. 2015.

DUGUIT, Léon. **Traité de droit constitutionnel**. 3.ed. t. II. Paris: Boccard, 1928. p. 61. Versão digital disponível em Bibliothèque Nationale de France: <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k57261436>>. Acesso em 03 jul. 2015.

Exxon Valdez Oil Spill Council. **Spill Prevention And Response**. Disponível em: <<http://www.evostc.state.ak.us/index.cfm?FA=facts.response>>. Consulta realizada em 02/07/2015.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FREIRE, André Luiz. **O regime de direito público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas**. São Paulo, 2013. 429 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Fundação Getúlio Vargas. **Análise da Competitividade Internacionais dos Valores Cobrados pelos Serviços de Praticagem no Porto de Santos**. FGV, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.sppilots.com.br/arquivos/r13.pdf>>. Acesso em 20 de março de 2015.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2012.

GIBERTONI, Carla Adriana Comitre. **Teoria e Prática do Direito Marítimo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HACHEM, Daniel Wunder. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão – Repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, ano 3, n. 11, Belo Horizonte, Fórum, p. 123-158, jan./mar. 2014.

International Maritime Organization. IMO Resolutions encouraging the use of pilots on board ships in certain areas. Disponível em: <http://www.impahq.org/about_impahq.php>. Acesso em 17 de março de 2015.

International Maritime Organization. Introduction to IMO. Disponível em: <<http://www.imo.org/About/Pages/Default.aspx>>. Acesso em 15 de março de 2015.

JÈZE, Gaston. **Principios generales del derecho administrativo**. 3. ed. Tradução de Julio N. San Millán Almagó. Buenos Aires: Depalma, 1949.

JUSTEN FILHO, Marçal. Conceito de interesse público e a “Personalização” do Direito Administrativo. **Revista Trimestral de Direito Público**. nº 26, São Paulo: Malheiros, p. 115-136, 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEDAUAR, Odete. Serviço público. Op. Cit., p.102. MEDAUAR, Odete. Serviço público. **Revista de Direito Administrativo**, nº189, Rio de Janeiro, Renovar, p. 100-113, jul./set. 1992.

MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. Vol. 1: Teoria Geral. 4. ed. Barueri:

Manole, 2013.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Regulação administrativa à luz da Constituição Federal**. São Paulo: Malheiros, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das concessões de serviço público: inteligência da lei 8.987/1995 (parte geral)**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. O sistema de parceria entre os setores público e privado: execução de serviços através de concessões, permissões, terceirizações e outros regimes. **Boletim de Direito Administrativo – BDA**, v.13, nº 2, São Paulo: NDJ, p. 75-81, fev. 1997.

PEREIRA, Marcelo. **O serviço público na atualidade**. São Paulo, 1993. 452 f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade de São Paulo.

Pilotage Act – 1987. Disponível em: < <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1987/21>>. Acesso em 27 de março de 2015.

PIMENTA, Matusalém Gonçalves. “Praticagem”. Palestra proferida na Universidade Católica de Santos (UNISANTOS), 2011.

PIMENTA, matusalém Gonçalves. **Processo Marítimo – Formalidades e Tramitação**. 2. ed. Barueri: Manole, 2013.

PIMENTA, Matusalém Gonçalves. **Responsabilidade Civil do Prático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Practicos de Puerto – Normativa Reguladora. Disponível em: <<http://www.practicosdepuerto.es/colegio-federacion/normativa>>. Acesso em 25 de março de 2015.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Estudo sobre concessão e permissão de serviço público no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1996.

The American Pilots Association – Pilotage in the United States. Disponível em: < http://www.americanpilots.org/pilotage_in_the_u_s/index.php>. Acesso em 26 de março de 2015.

Trafi – Finnish Transport Safety Agency – Pilotage Authority. Disponível em <<http://www.trafi.fi/en/maritime/pilotage>>. Acesso em 26 de março de 2015.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa nos serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 6. e. São Paulo: Malheiros, 2009.

SJÖFARTSVERKET – Pilotage. Disponível em: <<http://www.sjofartsverket.se/en/Maritime-services/Pilotage/>>. Acesso em 28 de março de 2015.

USA. The National Response Team. **The Exxon Valdez Oil Spill – A Report to the President**. Disponível em: <<http://www.uscg.mil/history/webshipwrecks/exxonvaldeznrt1989report.pdf>>. Acesso em 10/07/2015.

Usuários dos Portos do Rio de Janeiro. Omissões de portos, THC e praticagem: Somos bobos?. Disponível em: <<http://www.uprj.com.br/omissoes-de-portos-thc-e-praticagem-somos-bobos.html>>. Acesso em 11/07/2015.

VOJVODIC, Adriana de Moraes. Nos labirintos do STF: em busca do conceito de “serviço público”: uma visão a partir do caso “ECT”. In: COUTINHO, Diogo Rosenthal; VOJVODIC, Adriana (Org.). **Jurisprudência constitucional: como decide o STF?**. São Paulo: Malheiros, 2009.